Die Gestaltungsrechte und ihre Übertragbarkeit.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

Wolfgang Schlochoff
Referendar.

Niedermarsberg
Druckerei und Verlag Heinr. Boxberger
1933.

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Süss.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literaturverzeichnis.

A.

Kommentare, Handkommentare, Handbücher, Lehrbücher und Abhandlungen.

Balog: Über das konstitutive Urteil.
in der „Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart", herausgegeben von Grünhut, Band 34, Seite 123 ff.

Bergk: Übertragung und Pfändung künftiger Rechte, 1912.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts,
erster Band, Einleitung und Allgemeiner Teil, 1900.

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von den Reichsgerichtsräten und Senatspräsidenten Dr. Busch, Erler, Dr. Lobe, Michaelis, Oegg, Sayn, Schliewen u. Seyffarth. 6. Aufl., 1928. [zitiert: RGR-Komm.]

Düringer-Hachenburg: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, Band I, 1930.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Erster Band, erste Abteilung: Einleitung. Allgemeiner Teil von Dr. Ludwig Enneccerus, 22.—24. Auflage, 1924. [zitiert: Enneccerus I,1
Erster Band, zweite Abteilung: Recht der Schuldverhältnisse von Dr. Ludwig Enneccerus, 23.—27. Auflage, 1927. [zitiert: Enneccerus I,2]
Zweiter Band, erste Abteilung: Sachenrecht von Dr. Martin Wolff, 22.—26. Auflage, 1927. [zitiert: Wolff II,1]

Fischer-Henle-Titze: Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe, 14. Auflage, 1932. [zitiert: Fischer-Henle]

Fontheim: Das Anfechtungsrecht des bürgerlichen Rechts, 1906.

Hellwig: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1909.

Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, erster Band, 1928.

Ihering: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, dritter Teil, 1888.

Jäger: Besprechung über Weismann, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts.
in der „Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß", herausgegeben von Busch-Vierhaus, Band 40, Seite 123 ff.

Kaskel: Arbeitsrecht, 3. Auflage, 1928.

Kisch, W.: Beiträge zur Urteilslehre, 1903.

Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 1906.

Kommentar des Heymannschen Verlages zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 1927, erläutert von Oertmann.
Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., 1928/29, erläutert von Oertmann. [zitiert: Oertmann]
Sachenrecht, 3. Auflage, 1914, erläutert von Biermann. [zitiert: Biermann]

Lang: Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht, 1906.

Mittelstein: Die Miete, 4. Auflage, 1932.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Auflage, 1913—1928. [zitiert: Planck]

Ritter: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, 1932.

Schönfeld: Der Übergang der Kündigungsbefugnis. in „Recht" 1902, Seite 367 f.

Seckel: Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts. in der Festgabe für Koch 1903, Seite 205 ff.

Semeka: Das Wartrecht. in „Archiv für Bürgerliches Recht", Band 35, Seite 121 ff.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Auflage, 1932.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, 9. Auflage, 1925—1931. [zitiert: Staudinger]

Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 14. Auflage, 1928.

Stobbe-Lehmann: Handbuch des Deutschen Privatrechts, 2. Band, 1. Halbband, 3. Auflage, 1896.

Sydow-Busch und Krieg: Konkursordnung, Vergleichsordnung und Anfechtungsgesetz mit Erläuterungen, 15. Auflage, 1929.

v. Thur: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, drei Bände, 1910.

Walsmann: Der Verzicht, 1912.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1923. [zitiert: Warneyer]

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage, 1906.

Zitelmann: Internationales Privatrecht, erster Band 1897, zweiter Band 1912.

B.

Rechtsprechung.

Bensheimer, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte, Band 2, 4, 9. [zitiert Bensh.]

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Dr. J. A. Gruchot, Band 55. [zitiert: Gruchot]

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band 30, 41, 53, 55, 56, 57, 65, 66, 68, 78, 82, 88, 91, 97, 105, 107, 110, 114, 123, 125, 127, 138. [zitiert: R. G.]

Höchstrichterliche Rechtsprechung, 1928. [zitiert: HRR]

Juristische Wochenschrift, herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein, 1909, 1911, 1918, 1932. [zitiert: JW]

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, 1913, 1927. [zitiert LZ]

Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand, 1902. [zitiert: Recht]

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann, Band 17, 20, 28. [zitiert: OLG]

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten, Band 57, 74, 80. [zitiert: Seuff. Arch.]

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, Ergänzungsband, 1912, 1915, 1919. [zitiert: Warn. E.]

Inhaltsverzeichnis.

Erster Teil:

Die Gestaltungsrechte.

		Seite
§ 1:	Wesen und Einteilung der Privatrechte	1
§ 2:	Das Wesen der Gestaltungsrechte	2
§ 3:	Abgrenzung der Gestaltungsrechte von anderen Rechten	6
§ 4:	Weitere Abgrenzung der Gestaltungsrechte. Katalog der Gestaltungsrechte	10
§ 5:	Entstehung der Gestaltungsrechte	15
§ 6:	Die Einteilung der Gestaltungsrechte	17
§ 7:	Die Ausübung der Gestaltungsrechte	19
§ 8:	Erlöschen der Gestaltungsrechte	24

Zweiter Teil:

Die Übertragung der Gestaltungsrechte.

§ 9:	Die gesetzlichen Grundlagen für die Übertragung der Gestaltungsrechte	30
§ 10:	Die Übertragung der selbständigen Gestaltungsrechte	31
§ 11:	Die Übertragung der unselbständigen Gestaltungsrechte	33
§ 12:	Die Übertragung des Anfechtungsrechts	38
§ 13:	Die Übertragung des Rücktrittsrechts	42
§ 14:	Die Übertragung der Kündigungs- und Widerrufsrechte	45

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543114_0104

Erster Teil: Die Gestaltungsrechte.

§ 1.

Wesen und Einteilung der Privatrechte.

I. Die sich aus der Rechtsordnung ergebende Berechtigung bezeichnet man als subjektives Recht. Über die Definition des Rechts im subjektiven Sinne bestand von jeher Streit. Windscheid[1]) bestimmte es als „eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft". In scharfem Gegensatz hierzu definierte Ihering[2]) das subjektive Recht als „das rechtlich geschützte Interesse". Beide Theorien sind vielfach angegriffen worden. Gegen Windscheids Ansicht ist insbesondere eingewandt worden, daß Kinder und Geisteskranke, die ja keinen rechtserheblichen Willen haben, dann auch keine Rechte haben könnten. Windscheid hat seine Lehre deshalb selbst dahin ergänzt, daß der im subjektiven Recht gebietende Wille nur der Wille der Rechtsordnung sei, nicht der Wille des Berechtigten. Gegen Ihering wurde mit Recht geltend gemacht, daß häufig Rechtsausübung auch ohne eigenes Interesse gestattet ist, während es andererseits rechtlich geschützte Interessen gibt, ohne daß ein subjektives Recht besteht. Viele neuere Schriftsteller kombinieren deshalb das Element der „Willensmacht" mit dem des „rechtlich geschützten Interesses" und bezeichnen das subjektive Recht als „die von der Rechtsordnung verliehene, zur Befriedigung menschlicher Interessen dienliche Macht"[3]). Indessen braucht hier zu dem Streit über die Definition des subjektiven Rechts nicht Stellung genommen zu werden. „Was man unter subjektiven Rechten verstehen will, gehört nicht zu den Problemen, die kraft logischer Notwendigkeit nur eine absolute Lösung zulassen, sondern ist aus dem Gesetz und den sich an dasselbe anlehnenden Rechtsgedanken zu entnehmen"[4]). Aus dem Gesetz, insbesondere dem BGB, das den Ausdruck „Recht" vielfach verwendet, ergibt sich jedenfalls so viel, daß jedes Recht den Charakter der Ausschließlichkeit in sich trägt. Befugnisse, die die Rechtsordnung jedem einzelnen gleichmäßig gewährt, sind keine subjektiven Rechte. „Was jeder kann, ist nicht konkrete Macht; jedes subjektive Recht ist ein Vor-Recht, ein mehreres gegenüber

[1]) Windscheid-Kipp § 37,2 mit zahlreichen Literaturangaben.
[2]) Geist des römischen Rechts III §§ 60, 61.
[3]) Enneccerus I, 1 § 65 II; Seckel S. 205; Fontheim, Anfechtungsrecht S. 5.
[4]) v. Tuhr I § 1, S. 58 Anm. 11, vgl. auch Enneccerus I, 1 § 65, I 2 und Anm. 5; Walsmann, Verzicht S. 47.

dem, was alle oder viele können; eine Macht, die den andern nicht zusteht“[5]). Dies wird bereits genügen, um die hier zu behandelnden Rechte im Einzelfalle von bloßen Befugnissen abgrenzen zu können.

II. Die Privatrechte lassen sich nach verschiedenen Gesichtspunkten systematisch ordnen. Teilt man sie nach ihrem Hauptinhalt ein, so ergeben sich zunächst zwei Kategorien subjektiver Rechte: Beherrschungsrechte und Ansprüche. Jene geben die Rechtsmacht, auf ein bestimmtes Objekt (Sache, Person usw.) einzuwirken oder fremde Einwirkung auszuschließen, diese das Recht, von einem andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen[6]).

Durch diese beiden Gruppen werden aber noch nicht alle subjektiven Rechte erfaßt. Eine weitere Kategorie von Rechten gibt die Macht, eine einseitige Rechtsänderung durch private rechtsgeschäftliche Erklärung herbeizuführen. Der Inhalt dieser Rechte besteht also nicht in einer Herrschaft über ein Objekt, sondern in der Macht zur einseitigen Rechtsgestaltung.

Diese dritte Gruppe von Rechten ist lange Zeit wenig beachtet worden. Erst Zitelmann in seinem „Internationalen Privatrecht“, vor allem aber Seckel in einer „die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts“ betitelten Abhandlung haben diese Rechte zum Gegenstand eingehenderer Untersuchung gemacht. Zitelmann nannte sie „Rechte des rechtlichen Könnens“, während Seckel den Ausdruck „Gestaltungsrechte“ vorschlug. Die von Seckel gewählte Bezeichnung dürfte die heute allgemein übliche sein[7]).

Die Gestaltungsrechte sind aber, wie schon jetzt bemerkt werden muß, nicht die einzige Kategorie von Rechten, die die Rechtsordnung neben den Beherrschungsrechten und Ansprüchen kennt. Es gibt vielmehr noch eine Reihe von Rechten, die zu keiner dieser drei Gruppen gehören. Dies macht es notwendig, die einzelnen Merkmale der Gestaltungsrechte genauer festzustellen.

§ 2.

Das Wesen der Gestaltungsrechte.

I. Die Gestaltungsrechte gehören, wie heute nahezu allgemein aner-

---

[5]) Seckel S. 211.

[6]) Enneccerus I, 1 § 66 I; Zitelmann, Int. Priv. R. II S. 45 („Rechte des rechtlichen Dürfens und des rechtlichen Sollens“). Manche fassen die Beherrschungsrechte und Ansprüche zu einer einzigen Gruppe der „Herrschaftsrechte“ zusammen, so z. B. v. Tuhr I § 6 S. 133 ff; Seckel S. 208.

[7]) Daneben finden sich noch verschiedene weniger gebräuchliche Benennungen: Hellwig (Zivilpr. I § 32) bezeichnet diese Rechte als „Rechte auf Rechtsänderung“, v. Tuhr (I § 7 S. 160) als „sekundäre Rechte“, Crome (I § 34) als „Gegenrechte“ Bergk, Übertragung S. 32, rechnet sie zwar ebenfalls zu den subjektiven Rechten, spricht jedoch von „Befugnissen“. Seine Ansicht, daß dieser Ausdruck der gesetzlichen Terminologie entspreche, dürfte schwerlich begründet sein.

kannt ist, zu den subjektiven Rechten[1]). Wo deshalb die allgemeinen Merkmale des subjektiven Rechts fehlen, liegt kein Gestaltungsrecht vor. Nicht jede Möglichkeit, rechtliche Wirkungen herbeizuführen, ist bereits als subjektives Recht anzusehen. Fähigkeiten, die allen geschäftsfähigen Personen in gleicher Weise zu eigen sind, wie die Fähigkeit, Offerten abzugeben, Stiftungen oder Testamente zu errichten, gewähren keine von der Rechtsordnung geschützte Macht[2]). Ebenso stellt sich nicht jede Möglichkeit, ein eigenes Recht aufzugeben oder ein fremdes zum Erlöschen zu bringen, als Gestaltungsrecht dar. Der Eigentümer kann das Eigentum aufgeben, der Schuldner die Forderung tilgen, ohne daß insoweit besondere Rechte bestehen[3]).

Die Abgrenzung der subjektiven Rechte von den Befugnissen wird nicht immer leicht sein. Sind doch nicht alle Gestaltungsrechte im Gesetz ausdrücklich als „Rechte" bezeichnet, sodaß sich nur jeweils aus dem gesamten Inhalt der gesetzlichen Bestimmungen feststellen läßt, ob die Merkmale des subjektiven Rechts vorhanden sind[4]).

II. Die Gestaltungsrechte gewähren die Macht zur Änderung eines bestehenden Rechtszustandes. Diese Rechtsgestaltung ist in drei ver-

---

[1]) Staudinger, Anm. 5 c zu § 194 BGB; Oertmann, Vorbem. D vor § 194; Enneccerus I, 1 § 66 I 3; Crome I S. 177; Hellwig, Lehrbuch I § 32; Zitelmann, Int. Priv. R. II S. 32 ff; v. Tuhr I § 7 S. 159 ff; Seckel S. 207 f; Balog in Grünhut Bd. 34, S. 144 f. Die gegenteilige Ansicht vertritt Kohler § 45 S. 147 f, § 48 S. 151. Er geht davon aus, daß jede Rechtsbefugnis sich auf ein Objekt beziehen müsse, und gelangt deshalb für die Rechte, denen ein Rechtsobjekt fehlt, zur Annahme eines Persönlichkeitsrechts. Die eigene Persönlichkeit sei das Rechtsgut, das dem Berechtigten mit Ausschluß anderer zustehe. Die Gestaltungsrechte sind deshalb nach seiner Auffassung keine subjektiven Rechte, sondern Ausfluß dieses Persönlichkeitsrechts, Rechtslagen, kraft deren jemand die Befugnis habe, durch einseitige Rechtshandlung ein Rechtsverhältnis herbeizuführen. Die Annahme eines solchen Persönlichkeitsrechts erscheint jedoch gekünstelt. Es ist auch kein Grund ersichtlich, warum jedes Recht ein Objekt haben muß und nicht schon die allgemeine Richtung des Rechts gegen jedermann genügen soll. Gegen Kohler spricht auch, daß das Gesetz die Gestaltungsrechte vielfach selbst als „Rechte" bezeichnet, so z. B. in den §§ 247, 262, 355, 376, 497, 504, 530, 671, 723, 737, 2337 BGB.

[2]) Seckel S. 211, v. Tuhr I § 7 S. 161; Zitelmann, Int. Priv. R. II S. 43; Walsmann, Verzicht S. 48.

[3]) Enneccerus I, 1 § 66 Anm. 13 — a. A. v. Tuhr I § 10 S. 195, der das Bestehen eines subjektiven Rechts, die Forderung durch Zahlung zu tilgen, annimmt. Aber hier handelt es sich doch gerade um eine Pflicht des Schuldners.

[4]) Nicht als „Rechte" sind z. B. bezeichnet: Die Anfechtung (nur im § 124 BGB spricht das Gesetz einmal vom „Anfechtungsberechtigten"), die Aufrechnung, manche Kündigungs- und Widerrufsrechte, das Recht, die Fortsetzung der allgemeinen Gütergemeinschaft abzulehnen (§ 1484 BGB) oder die fortgesetzte Gütergemeinschaft aufzuheben (§ 1492 BGB), das Bestimmungsrecht des Spezifikationskaufs (§ 375 HGB).

schiedenen Formen möglich: sie kann rechtsbegründenden, rechtsverändernden oder rechtsaufhebenden Charakter haben[5]). Es darf aber nicht bei jeder, durch ein Recht gestatteten Rechtsänderung das Bestehen eines Gestaltungsrechts angenommen werden. Vielmehr ist stets erforderlich, daß die Rechtsgestaltung den Hauptinhalt des Rechts bildet.

Die Änderung, die durch das Gestaltungsrecht herbeigeführt wird, kann einen sehr verschiedenen Umfang haben. Bei manchen Gestaltungsrechten wird durch ihre Ausübung nur ein einzelnes Recht begründet, verändert oder aufgehoben. Bei andern erfaßt die Rechtsgestaltung eine Mehrheit von Rechten oder ein Rechtsverhältnis. Wann durch das Gestaltungsrecht nur ein einzelnes Recht, wann ein Rechtsverhältnis gestaltet wird, läßt sich nur von Fall zu Fall beurteilen[6]). Das zu gestaltende Rechtsverhältnis kann sich auch in einem einzigen Recht erschöpfen, sodaß Rechtsverhältnis und Recht zusammenfallen.

III. Aus der Natur der Gestaltungsrechte als subjektive Rechte und aus der durch sie herbeizuführenden Wirkung folgt noch ein weiteres: Hat der Berechtigte die Macht zur Rechtsgestaltung, und bildet sie den Hauptinhalt des Rechts, so muß es ihm auch von der Rechtsordnung überlassen sein, ob er seine Machtbefugnisse ausüben will oder nicht. Die durch das Gestaltungsrecht zu schaffende Rechtsänderung tritt deshalb nicht von selbst ein; es bedarf dazu der „Ausübung" des Rechts[7]). In welcher Weise diese Ausübung erfolgt, wird noch zu untersuchen sein[8]). Zur vollständigen Charakterisierung der Gestaltungsrechte muß hier nur soviel bemerkt werden, daß die Ausübung stets durch einseitiges Rechtsgeschäft erfolgt. Wenn die Rechtsänderung auf andere Weise eintritt, liegt kein Gestaltungsrecht vor[9]).

---

[5]) Seckel S. 208; Staudinger, Anm. 5 c zu § 194; Fontheim, Anfechtungsrecht S. 9, 13 ff.

[6]) Anfechtung, Rücktritt, Kündigung und Widerruf heben das gesamte Rechtsverhältnis auf. Vorkaufs- und Wiederkaufsrecht begründen ein neues Schuldverhältnis. Das Wahlrecht der Alternativobligation ändert dagegen nur ein einzelnes Recht, nämlich die wahlweise geschuldete Leistung.

[7]) Von „Ausübung" des Rechts spricht das Gesetz z. B. bei dem Rücktritt (§ 355 BGB), dem Recht auf Rücknahme der hinterlegten Sache (§ 377 Abs. 2 BGB), dem Wiederkaufsrecht (§ 498 BGB), dem Vorkaufsrecht (§ 505 BGB).

[8]) Über die Ausübung der Gestaltungsrechte vgl. § 7

[9]) Seckel S. 236; Staudinger, Anm. 5 c zu § 194; Fontheim, Anfechtungsrecht S. 9.— Enneccerus (I, 1 § 66 I 3) faßt den Begriff der Gestaltungsrechte weiter. Er will unter dieser Bezeichnung alle Rechte zusammenfassen, die nicht zu den Beherrschungsrechten und Ansprüchen gehören. Infolgedessen definiert er das Gestaltungsrecht als „die Rechtsmacht, vermöge deren eine Rechtsänderung, d. h. die Entstehung, Aufhebung oder Veränderung subjektiver Rechte, entweder von uns bewirkt werden kann oder zu unsern Gunsten auch ohne unsern Willen eintritt". Daß eine solche Begriffsbestimmung zu praktisch brauchbaren Ergebnissen führt, muß bezweifelt werden. Es wird dadurch ein sehr wesentliches Merkmal der Gestaltungsrechte beseitigt. Außerdem erscheint es zweifelhaft, ob man bei

IV. Allgemein wird angenommen, daß die Gestaltungsrechte durch die bisher genannten Erfordernisse — einseitige, rechtsgeschäftliche Ausübung eines auf eine Rechtsgestaltung gerichteten, subjektiven Rechts — vollständig von anderen Rechten abgegrenzt seien[10]). Folgt man dieser Ansicht, so zeigt sich, daß die Wirkung der Rechtsänderung noch nach einer andern Seite hin eine sehr verschiedenartige sein kann. Die Ausübung kann dann nur den Rechtskreis des Berechtigten berühren oder für ihn Rechte an Gegenständen begründen, die bisher herrenlos waren[11]). Sie kann aber auch einen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre enthalten, derart, daß dadurch gegenwärtige oder zukünftige Rechte und Pflichten eines andern, des „Gestaltungsgegners", begründet, verändert oder aufgehoben werden („Eingriffsrechte": Seckel S. 213) [12]). Es dürfte einleuchten, daß die Bedeutung der Gestaltungsrechte und die Voraussetzungen für ihre Entstehung sehr verschiedene sein werden, je nachdem, ob ihre

---

einer Rechtsänderung, die ohne (also auch gegen) den Willen des Berechtigten eintritt, von einer „Rechtsmacht" zur Gestaltung sprechen kann. Auch der Begriff der Rechtsänderung wird von Enneccerus, wie die von ihm gewählten Beispiele zeigen, zu allgemein gefaßt. Es kann nicht jede, nur untergeordnete Rechtsänderung zur Annahme eines Gestaltungsrechts genügen, sondern die Gestaltung muß Hauptinhalt des Rechtes sein. Daß Rechtsänderungen eintreten, findet sich auch bei den Beherrschungsrechten und Ansprüchen.— Gegen Enneccerus insbesondere v. Tuhr I § 7 S. 161 Anm. 28; Oertmann Vorbem. D 3 vor § 194.

[10]) So von Seckel S. 208, Staudinger, Anm. 5 zu § 194 BGB.

[11]) Diese Rechte bezeichnet Seckel (S. 213) als „Eigengestaltungsrechte".

[12]) Wann ein „Eingriffs-", wann ein „Eigengestaltungsrecht" vorliegt, ist nicht immer leicht zu entscheiden. Der Eingriff in eine fremde Rechtssphäre wird meist auch den eigenen Rechtskreis des Berechtigten berühren. Wird z. B. ein noch von keiner Seite erfüllter Kaufvertrag vom Käufer angefochten, so erlischt nicht nur auf Seiten des Verkäufers der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises und die Verpflichtung zur Lieferung der Kaufsache, sondern es gehen auch die entsprechenden Verpflichtungen und Rechte des Anfechtenden unter. Andererseits werden die Eigengestaltungsrechte häufig mittelbar die Rechtssphäre eines andern treffen. Schlägt z. B. der Erbe die Erbschaft aus, so hat der dadurch für den Berechtigten eintretende Verlust auch den Anfall der Erbschaft an einen andern zur Folge. Für die Frage, ob ein Eingriffsrecht oder ein Eigengestaltungsrecht vorliegt, kann deshalb nur maßgebend sein, welcher Zweck mit der Ausübung des Rechts nach der Absicht des Gesetzes in der Regel verfolgt werden soll, nicht aber, von welchen Gesichtspunkten sich der Berechtigte im Einzelfalle leiten läßt. Es ist daher nicht zutreffend, wenn Seckel (S. 216) das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft oder zur Zurückweisung des aus einem Vertrage zu Gunsten Dritter angefallenen Rechts als Eingriffsrecht ansieht. Die Tendenz des Gesetzes ist hier die, daß niemand gegen seinen Willen ein Recht erwerben soll, selbst dann nicht, wenn der Anfall für ihn sehr vorteilhaft ist. Der Berechtigte hat das Ausschlagungs- oder Zurückweisungsrecht also, damit er selbst nicht Erwerber des angefallenen Rechts wird, nicht, um es einem andern zuwenden zu können. Dem entspricht es, daß nach herrschender Meinung die Ausschlagung der Erbschaft nicht deshalb angefochten werden kann, weil der Erbe sich im Irrtum darüber befand, an wen die Erbschaft infolge der Ausschlagung anfallen werde. (Staudinger, Anm. II, 1 zu § 1954; RGR-Komm. Bem. 1 zu § 1954).

Ausübung sich auf die eigene Rechtssphäre des Berechtigten beschränkt oder in eine fremde übergreift. Die Gestaltung des eigenen Rechtskreises wird in der Regel jedem Rechtsträger gestattet sein, während die Gewährung von Eingriffsrechten stets nur die Ausnahme bilden kann.

Diese Tatsache läßt es angebracht erscheinen, nur die Rechte als Gestaltungsrechte zu bezeichnen, die einen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre zulassen. Dadurch wird zwar der Begriff der Gestaltungsrechte etwas eingeschränkt, gewinnt dafür aber andererseits wesentlich an Klarheit.

Das Gestaltungsrecht gibt demnach die Macht, durch einseitiges Rechtsgeschäft einen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre mit der Wirkung vorzunehmen, daß dadurch ein konkretes Rechtsverhältnis begründet, verändert oder aufgehoben wird.

§ 3.

Abgrenzung der Gestaltungsrechte von anderen Rechten.

Die vorstehende Darstellung über die Merkmale der Gestaltungsrechte enthebt nicht einer genaueren Untersuchung darüber, welche Rechte im einzelnen als Gestaltungsrechte anzusehen sind. In dieser Hinsicht weichen die in der Rechtslehre vertretenen Ansichten selbst da erheblich von einander ab, wo die Definition der Gestaltungsrechte keine sachlichen Unterschiede aufweist. Streit besteht vor allem hinsichtlich der Einreden, Anwartschaften und Aneignungsrechte.

1. Die Einrederechte werden von manchen zu den Gestaltungsrechten gerechnet[1]). Gegen diese Ansicht hat Fontheim (Anfechtungsrecht, S. 24 f) eingewendet, daß die Einreden, anders als die Gestaltungsrechte, nur im Prozeß vorgebracht werden könnten, ihre Ausübung nur Prozeßhandlung sei. Seckel (S. 216) will sie deshalb nicht als Gestaltungsrechte ansehen, weil ihre Ausübung nicht zur Vernichtung des Anspruchs führe, sondern nur den einzelnen Akt der Geltendmachung außer Wirkung setze. Diese Argumente sind freilich nicht stichhaltig. Auch manche Gestaltungsrechte können nur im Prozeß ausgeübt werden. Die Erhebung der Einrede im Prozeß ist überdies nicht nur Prozeßhandlung, sondern hat zugleich rechtsgeschäftlichen Charakter. Die meisten Einreden können deshalb auch außergerichtlich wirksam erhoben werden[2]). Und die von Seckel angestellte Erwägung, daß z. B. die Einrede der

---

[1]) So von Hellwig, Lehrbuch I § 36 S. 248 f; Oertmann Vorbem. D 2 b vor § 194; v. Tuhr I § 10 S. 197; § 17 S. 291 ff; Crome I S. 178; Walsmann, Verzicht S. 116.

[2]) Staudinger, Anm. 4 zu § 222; Planck, Vorbem. 6 vor § 194; Oertmann, Vorbem. B 2 b vor § 194; Stein-Jonas Anm. III 3 vor § 128; Enneccerus I, 1 § 208 I 3; Seckel S. 216.

Verjährung den Anspruch nicht in dem Sinne vernichte, daß er nicht mehr erfüllt werden könnte, würde nur hindern, diese Einrede zu den rechtsaufhebenden Gestaltungsrechten zu zählen. Die Einrede der Verjährung könnte dann aber immer noch, worauf Enneccerus (I, 1 § 66 Anm. 15) mit Recht hinweist, zu den Veränderungsrechten gehören[3]).

Im Ergebnis ist Seckel und Fontheim aber beizutreten. Man muß bei den Einreden zwei Gruppen unterscheiden: die dilatorischen (verzögernden) und die peremtorischen (zerstörenden). Jene gewähren, ohne das Bestehen des Anspruchs an sich zu berühren, nur vorübergehend das Recht zur Verweigerung der Leistung, diese stehen der Geltendmachung des Rechts dauernd entgegen. Einige dilatorische Einreden, wie z. B. die Einrede des Zurückbehaltungsrechts und des nicht erfüllten Vertrages, sind schon deshalb keine Gestaltungsrechte, weil sie nur zur „Verurteilung Zug um Zug" führen. Hier fehlt es an jeder Rechtsgestaltung. Die Erhebung der Einrede läßt den geltendgemachten Anspruch unverändert bestehen. Das zeigt sich namentlich dann, wenn der Schuldner nach der Verurteilung in Annahmeverzug gerät. In diesem Falle wird die Zwangsvollstreckung so durchgeführt, als ob eine Zug um Zug-Verurteilung nicht erfolgt wäre (§ 274 Abs. 2 BGB).

Der wesentliche Unterschied zwischen den Einreden und den Gestaltungsrechten besteht aber darin, daß bei jenen nicht eine Rechtsgestaltung durch Ausübung des Rechts eintritt. Die Geltendmachung der Einrede ändert nicht den vorher bestehenden Rechtszustand, sondern macht nur einen bereits vorhandenen offenkundig. Bei den Gestaltungsrechten führt aber gerade erst die Ausübung die Rechtsänderung herbei. Die Ausübung des Gestaltungsrechts wirkt also konstitutiv, die Erhebung der Einrede nur deklaratorisch[4]). Eine Unterstützung findet diese Ansicht in den Vorschriften über die Aufrechnung. Mit einer Forderung, der eine (dilatorische oder peremtorische) Einrede entgegensteht, darf nicht aufgerechnet werden (§ 390 BGB). Eine Forderung, die durch die Ausübung eines Gestaltungsrechts rückwirkend vernichtet werden kann, ist zur Aufrechnung dagegen solange geeignet, als das Recht noch nicht

---

[3]) Über den Unterschied zwischen Aufhebungs- und Veränderungsrechten vgl. unten § 6,2.

[4]) Z. B. tritt die Verjährung einer Forderung ein, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Von diesem Zeitpunkt an ist die Forderung mit einer Einrede behaftet. Der Schuldner muß allerdings, um eine Abweisung der Klage herbeizuführen, die Einrede geltend machen, da sie von Amts wegen nicht berücksichtigt wird. Das ändert aber nichts daran, daß die Forderung auch schon vorher eine einredebehaftete war. Die Rechtsänderung tritt also nicht durch die Erhebung der Einrede, sondern durch den Ablauf der Verjährungsfrist ein. Ein Vertrag, für den z. B. ein Rücktrittsrecht besteht, ist dagegen vollwirksam, solange das Gestaltungsrecht nicht ausgeübt wird. Erst die Ausübung bewirkt hier die Aufhebung des Vertrages.

ausgeübt ist[5]).

Die Einrederechte gehören somit nicht zu den Gestaltungsrechten[6]).

2. Zu den Gestaltungsrechten werden von einigen Schriftstellern auch die „Anwartschaften" („Warterechte") gerechnet[7]). Sie bilden die Vorstufe eines Rechts, das sich aus ihnen unter dem Hinzutritt bestimmter Erfordernisse zum Vollrecht entwickelt, ohne daß es noch einer weiteren Erwerbshandlung bedarf[8]).

Nimmt man, wie es hier geschehen ist, an, daß die Ausübung der Gestaltungsrechte durch einseitiges Rechtsgeschäft zu erfolgen hat, so gehören die Anwartschaften schon mangels dieses Erfordernisses nicht hierher. Das Anwartschaftsrecht wird nicht ausgeübt; die Entwicklung zum Vollrecht tritt vielmehr ipso iure ein[9]).

Selbst wenn man jedoch von diesem Merkmal absehen wollte, wären die Anwartschaften keine Gestaltungsrechte. Entscheidend für die Zugehörigkeit eines Rechts zu den Gestaltungsrechten ist nicht, daß überhaupt eine Rechtsänderung eintritt, sondern daß die Rechtsgestaltung Hauptinhalt des Rechts ist. Bei den Anwartschaften ist ihr Inhalt — in mehr oder weniger beschränktem Umfange — kein anderer als der des Vollrechts, zu dem das Warterecht sich entwickeln soll[10]). Anwartschaften können als Vorstufe zu allen Rechten bestehen, zu den Beherrschungsrechten wie zu den Ansprüchen und Gestaltungsrechten[11]). Bei einer

---

[5]) Mit der Forderung aus einem anfechtbaren Rechtsgeschäft kann z. B. bis zur Vornahme der Anfechtung unbeschränkt aufgerechnet werden. (Staudinger, Anm. I 1 zu § 390; Oertmann, Bem. 4 b zu § 390; RGR-Komm. Bem. 1 zu § 390; Enneccerus I, 2 § 293 II, 1 — a. A. Planck, Bem. 1 a zu § 387).

[6]) Im Ergebnis ebenso: Seckel S. 216; Fontheim, Anfechtungsrecht S. 24 f. — Rechnet man freilich, wie Enneccerus (I, 1 § 66 I 3) es tut, zu den Gestaltungsrechten auch die Rechte, bei denen eine Rechtsänderung ipso iure eintritt, so würde ein Teil der Einreden als Gestaltungsrechte anzusehen sein. Diejenigen Einreden, deren Geltendmachung zu einer Verurteilung „Zug um Zug" führt, wären aber auch dann keine Gestaltungsrechte, weil sie den gegnerischen Anspruch nicht verändern. Die Einheitlichkeit des Begriffs der Einrederechte würde damit beseitigt sein.

[7]) So von Enneccerus I, 1 § 66 I 3; Zitelmann, Intern. Privatrecht II S. 52; Crome, I S. 176 Anm. 8. — Dagegen aber Oertmann, Vorbem. D 3 vor § 194; Seckel S. 219; v. Tuhr I § 7 S. 161 Anm 7; Fontheim, Anfechtungsrecht S. 25 f.

[8]) Enneccerus I 1 § 75,4; Crome, I S. 174 ff; Semeka in Arch. Bürg. R. Bd. 35 S. 125.

[9]) Seckel S. 219; Fontheim, Anfechtungsrecht S. 25 f.

[10]) Dies zeigt sich besonders deutlich beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt Hier hat der Käufer den Besitz an der Ware, er genießt Besitzschutz, er darf die Ware im regelmäßigen Geschäftsbetrieb weiterveräußern oder verarbeiten, der Verkäufer kann den Eintritt der Bedingung nicht dadurch verhindern, daß er das Eigentum an einen Dritten überträgt, da dem Herausgabeanspruch des Dritten die Einrede aus § 986 BGB entgegensteht.

[11]) Über Anwartschaften bei Gestaltungsrechten vgl. § 5 I b.

Einteilung der Rechte nach ihrem Hauptinhalt bilden die Anwartschaften deshalb überhaupt keine besondere Kategorie, sondern sind in die Gruppe einzugliedern, zu der das Vollrecht gehört.

3. Nach herrschender Meinung gehören die Aneignungsrechte zu den Gestaltungsrechten[12]). Aneignungsrechte bestehen sowohl an herrenlosen wie an fremden Sachen.

Soweit die Aneignung jedermann gestattet ist, liegt allerdings, wie allgemein anerkannt ist, überhaupt kein subjektives Recht vor[13]). Ebenso ist die Aneignungsbefugnis des Eigentümers an dem Überwuchs und Überhang (§ 910 BGB) kein selbständiges Recht, sondern Ausfluß des Grundeigentums[14]).

Die Aneignungsrechte als Gestaltungsrechte anzusehen, dürfte ihrem Wesen nicht genügend Rechnung tragen. Ihr Inhalt beschränkt sich nicht darauf, ein einseitiges Recht auf Herbeiführung einer Rechtsänderung zu gewähren. Die Ausübung der Gestaltungsrechte hängt nicht davon ab, ob der mit ihr bezweckte, reale Erfolg auch wirklich eintritt[15]). Die Aneignungsrechte führen dagegen zu einem Eigentumserwerb nur dann, wenn eine Herrschaftsmöglichkeit über die Sache besteht. Der Inhalt der Aneignungsrechte ist also auf Eigentumserwerb an einer bestimmten Sache gerichtet. Sie stehen infolgedessen den Herrschaftsrechten viel näher als den Gestaltungsrechten. Man bezeichnet die Aneignungsrechte an herrenlosen Sachen daher vielfach als quasi-dingliche Rechte, sofern man sie nicht überhaupt zu den dinglichen Rechten rechnet[16]).

---

[12]) Seckel S. 207 Anm. 2; Staudinger, Anm. 5 c zu § 194; Oertmann, Vorbem. D 2 a vor § 194; Zitelmann, Int. Privatr. II S. 47 f; v. Tuhr I § 7 S. 162, § 8 S. 171 ff; Balog in Grünhut Bd 34 S. 146; Walsmann, Verzicht S. 112; Fontheim, Anfechtungsrecht S. 13, Anm. 2. — Die Aneignungsrechte an herrenlosen Sachen fallen nach der oben gemachten Einschränkung schon deshalb nicht unter die Gestaltungsrechte, weil sie nicht den Eingriff in eine fremde Rechtssphäre gestatten.

[13]) Oertmann, Vorbem. D 2 a vor § 194; v. Tuhr I § 8 S. 172; Zitelmann, Int. Privatr. II S. 48; Walsmann, Verzicht S. 112;

[14]) Wolff II, 1 § 79 I 1; Walsmann, Verzicht S. 112.

[15]) Die Ausübung des Vorkaufs- oder Wiederkaufsrechts schafft ein neues Rechtsverhältnis, ohne daß irgendeine Gewähr für seine Erfüllung besteht. Beim Wiederkaufsrecht ist die Ausübung sogar noch möglich, wenn die Kaufsache durch Verschulden des Gestaltungsgegners untergegangen ist.

[16]) Für die Aneigungsrechte, die auf Grund des Jagdrechts, Fischereirechts und Bergwerkseigentums bestehen, wird diese Ansicht vertreten von Wolff II, 1 § 79 II 2, der die Annahme eines Gestaltungsrechts ausdrücklich ablehnt, ferner von Planck, Bem. 3 a zu § 958; Enneccerus I, 1 § 72 I b; Stobbe-Lehmann, Deutsches Priv R. II 1 § 116; RG 41, 349; das Aneignungsrecht des Fiskus an Grundstücken sehen als dingliches Recht an: Staudinger, Anm. II g zu § 928; Planck, Bem. 8 zu § 928; Warneyer, Anm. III zu § 928; Wolff II, 1 § 63 II 1; Stobbe-Lehmann, a. a. O; RG 82, 74
Nur bei dieser Konstruktion kann man auch zu einem Schadenersatzanspruch

Das Aneignungsrecht an Früchten und Sachbestandteilen (§§ 956, 957 BGB) ist schon deshalb kein Gestaltungsrecht, weil bei ihm der Eigentumserwerb auf eine (dingliche) Einigung im Sinne des § 929 BGB und nicht auf einseitige Rechtsänderung zurückzuführen ist[17]).

Die Aneignungsrechte gehören somit nicht zu den Gestaltungsrechten[18]).

§ 4.

Weitere Abgrenzung der Gestaltungsrechte. Katalog der Gestaltungsrechte.

I. Welche Privatrechte zu den Gestaltungsrechten gehören, ist nicht nur hinsichtlich ganzer Gruppen von Rechten bestritten und zweifelhaft. Es müssen im folgenden noch eine Reihe von Befugnissen und Rechten untersucht werden, die vielfach, jedoch zu Unrecht, zu den Gestaltungsrechten gezählt werden und wegen der Häufigkeit ihres Vorkommens von besonderer Bedeutung sind.

1. Einwilligung, Genehmigung, Bestätigung, Ermächtigung werden meist als Gestaltungsrechte angesehen[1]).

---

aus § 823 Abs 1 BGB wegen Beschädigung des Grundstücks oder Verletzung des Aneignungsrechts an der beweglichen Sache gelangen. Die Verletzung eines Gestaltungsrechts ist zwar nicht unmöglich, begründet aber niemals einen Schadensersatzanspruch. Wenn das Vorkaufsrecht vor Abschluß des Kaufs dadurch untergeht, daß die Sache vernichtet wird, so hat der Berechtigte keine Ansprüche. Kann trotz Untergangs der Sache das Gestaltungsrecht noch ausgeübt werden, wie z. B. beim Wiederkauf, so liegt nicht eine Verletzung des Gestaltungsrechts vor; Schadensersatzansprüche bestehen vielmehr nur wegen Nichterfüllung des neuen Schuldverhältnisses. Wollte man diese Grundsätze auf die Aneignungsrechte anwenden, so könnte es überhaupt keine Ersatzansprüche geben. Das Aneignungsrecht als Gestaltungsrecht würde solche nicht gewähren, und an der herrenlosen Sache hat ja der Berechtigte noch kein Recht (Die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB auf die Verletzung des Aneignungsrechts lassen zu: Staudinger, Anm. II g zu § 928 und Anm. II c ß zu § 998; Planck, Bem. 8 zu § 928 und Bem. 3 b zu § 958; Warneyer, Anm III zu § 928 und Anm. zu § 958; Wolff II, 1 § 63 II 1 und § 79 II 2.

[17]) RG 78, 35; Staudinger, Anm. II 4 zu § 956; Planck, Bem. 4 zu § 956 Biermann, Bem. 3 zu § 956.

[18]) Beim Wegnahmerecht (ius tollendi) muß man unterscheiden: Soweit durch die Verbindung der Sache mit einer Einrichtung ein Eigentumswechsel nicht stattgefunden hat, fehlt es an einer Rechtsgestaltung. Ist das Eigentum des Wegnahmeberechtigten untergegangen, z. B. im Falle des § 997 BGB, so gilt für das Aneignungsrecht das oben Gesagte. Ist der Berechtigte nicht im Besitze der Sache, so hat er überhaupt nur einen Anspruch auf Duldung der Wegnahme.

[1]) So von Seckel S. 207 Anm. 2 a. E.; Oertmann, Vorbem D 2 a β vor § 194; Zitelmann, Intern. Privatr. II S. 44; v. Tuhr I § 7 S. 163, 167 f; Fontheim, Anfechtungsrecht S. 14, Anm. 3; Balog in Grünhut Bd. 34 S. 146.

Die Einwilligung oder Genehmigung, im BGB als Zustimmung zusammengefaßt, ist notwendig bei Rechtsgeschäften beschränkt geschäftsfähiger Personen (§§ 107, 108, 111 BGB), bei der vollmachtlosen Stellvertretung (§§ 177 ff BGB), der Verfügung eines Nichtberechtigten (§ 185 BGB), bei der Schuldübernahme (§§ 415, 416 BGB), bei Verfügungen eines Ehegatten über eingebrachtes Gut oder Gesamtgut (§§ 1375, 1395, 1396, 1444 bis 1446 BGB), bei Verfügungen des Vorerben (§ 2120 BGB) und des Testamentsvollstreckers (§ 2206 BGB).

Der Bestätigung bedarf es zur Gültigkeit anfechtbarer Geschäfte (§§ 141, 1337, 2284 BGB) [2]).

Die Ermächtigung kommt in den §§ 112, 113 BGB vor.

a) In allen diesen Fällen liegen aber keine Gestaltungsrechte, ja überhaupt keine subjektiven Rechte, sondern jedermann zustehende Befugnisse vor. Das zeigt sich am deutlichsten bei der Einwilligung. Das Gestaltungsrecht wäre hier das Recht, die Einwilligung zu erteilen oder zu versagen. Dieses „Recht" ist aber keine konkrete Macht, kein Vor-Recht vor dem, was jeder kann. Die Möglichkeit, die Einwilligung zu erteilen oder zu versagen, ist vielmehr lediglich Ausfluß der allgemeinen Verfügungs- oder Vertretungsmacht. Jeder Verfügungsberechtigte oder gesetzliche Vertreter hätte sonst eine unübersehbar große Zahl von Einwilligungsrechten solange, bis das Gewaltverhältnis endet. Bei dem „Recht", die Einwilligung zu versagen, fehlt es zudem an jeder Rechtsgestaltung, da sich ja durch die Versagung an dem bestehenden Rechtszustande nichts ändert. Daß nicht schlechthin jeder Geschäftsfähige die Einwilligung erteilen kann, sondern nur der, von dessen Zustimmung die Wirksamkeit des vorzunehmenden Rechtsgeschäfts abhängt, ist nur Voraussetzung für ihre Erteilung, nicht aber Entstehungsgrund für ein selbständiges subjektives Recht. Gegen das Vorliegen eines solchen spricht auch die Ähnlichkeit der Einwilligung mit der Vollmacht, die sich von einander nur dadurch unterscheiden, daß die Vollmacht zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts in fremdem Namen ermächtigt. Es müßte dann auch das „Recht", Vollmacht zur Verfügung über einen Gegenstand zu erteilen, ein subjektives Recht sein. Ein weiteres Argument gegen die Rechtsnatur der Einwilligung und ihre Zugehörigkeit zu den Gestaltungsrechten läßt sich schließlich daraus herleiten, daß sie noch nach ihrer Erteilung bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerrufen werden kann. Zwar ist der Widerruf eines Rechtsgeschäfts auch in anderen Fällen möglich. So kann z. B. das Stiftungsgeschäft bis zur Erteilung der staatlichen Genehmigung, der mit einem Minderjährigen geschlossene Vertrag bis zur Genehmigung widerrufen werden. Hiervon unterscheidet sich jedoch die Erteilung der Einwilligung dadurch, daß sie bereits Ausübung

[2]) Die gerichtliche Bestätigung der Annahme an Kindesstatt (§ 1741 BGB) gehört nicht hierher, da sie öffentlich-rechtlicher Natur ist.

eines Gestaltungsrechts wäre. Die zur Ausübung des Gestaltungsrechts abgegebene Willenserklärung ist aber stets unwiderruflich[3]).

b) Die Genehmigung unterscheidet sich von der Einwilligung dadurch, daß diese der Vornahme des Rechtsgeschäfts vorausgeht, jene ihr nachfolgt. Auch die Genehmigung ist nur Ausfluß der allgemeinen Verfügungs- und Vertretungsmacht. Gegen eine unterschiedliche Behandlung beider Befugnisse spricht schon, daß das Gesetz sie als "Zustimmung" zusammenfaßt und zwischen ihnen keine anderen Unterschiede macht, als sich aus ihrer zeitlichen Stellung zu dem Rechtsgeschäft ergeben. Bei der Genehmigung greift allerdings der gegen die Rechtsnatur der Einwilligung erhobene Einwand, daß der Berechtigte eine unbegrenzte Zahl von Rechten haben würde, nicht durch. Daß dessen ungeachtet auch für die Genehmigung nichts anderes gelten kann als für die Einwilligung, zeigt die Art ihrer Entstehung. Das „Recht", die Genehmigung zu erteilen oder zu versagen, entsteht, wenn ein (schwebend) unwirksamer Vertrag geschlossen wird. Daß ein Gestaltungsrecht durch ein unwirksames Rechtsgeschäft entsteht, kommt sonst nirgends vor. Alle unselbständigen Gestaltungsrechte[4]) — und die in Beziehung zu dem Rechtsgeschäft stehende Genehmigung wäre ein solches — setzen gerade ein für den Berechtigten wirksames Rechtsgeschäft voraus. Sieht man aber nicht das unwirksame Rechtsgeschäft als Entstehungsgrund der Genehmigung an, so kann man ihre Entstehung nur aus der allgemeinen Vertretungs- und Verfügungsmacht herleiten. Das führt dann wiederum zu dem oben angegebenen Ergebnis, daß die Genehmigung kein selbständiges Recht, sondern Ausfluß der Vertretungs- oder Verfügungsmacht ist.

c) Die Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts beseitigt die Möglichkeit der Anfechtung, steht also in ihrer Wirkung einem Verzicht auf das Anfechtungsrecht gleich[5]). Sie als Gestaltungrecht anzusehen, müßte dazu führen, in der Möglichkeit, einen Verzicht auszusprechen, ebenfalls ein Gestaltungsrecht zu erblicken[6]). Und ebenso gäbe es dann bei jedem Gestaltungsrecht noch ein weiteres Recht, es auszuüben! Die Bestätigung ist also nichts anderes als eine Verfügung über das Anfechtungsrecht.

d) Die sich in den §§ 112, 113 BGB findende Ermächtigung hat zwar nicht die Bedeutung einer im voraus erteilten allgemeinen Einwilli-

---

[3]) Näheres über die Unwiderruflichkeit der Ausübung: § 7 II a.

[4]) Über den Unterschied zwischen selbständigen und unselbständigen Gestaltungsrechten vgl. § 6,3.

[5]) Staudinger, Anm. 1 zu § 144; RGR-Komm. Bem. 1 zu § 144; Warneyer, Anm. 1 zu § 144. — a. A. Walsmann, Verzicht S. 105.

[6]) So aber anscheinend Seckel (S. 218 Anm. 5), der zu den Gestaltungsrechten die „Rechte zu einseitigem Verzicht" rechnet.

gung[7]). In der Art ihrer Erteilung und ihrer Zurücknahme ähnelt sie aber der Einwilligung, sodaß die gleichen Gründe, die gegen deren Rechtsnatur sprechen, auch für sie gelten.

2. Vertretungsmacht und Verwaltungsrecht (Verfügungsrecht) werden ebenfalls vielfach als Gestaltungsrechte angesehen[8]). Gegen diese Ansicht spricht, daß die Rechtsgestaltung nicht notwendig durch einseitiges Rechtsgeschäft herbeigeführt wird. Wer für einen andern Vertretungsmacht hat, kann in dessen Namen Verträge abschließen, Forderungen zedieren oder verpfänden, Eigentum erwerben, belasten oder aufgeben. Alles dies schafft zwar eine Rechtsänderung für den Vertretenen, aber doch nicht durch einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung. Aber selbst da, wo die Ausübung einseitig erfolgt, hat sie ihre Ursache nur in der Vertretungsmacht über ein Gestaltungsrecht oder ein anderes, eine einseitige Handlung gestattendes Recht. Wäre das Recht, einen anderen zu vertreten oder ein fremdes Vermögen zu verwalten, ein Gestaltungsrecht, so müßte sich durch einseitiges Rechtsgeschäft die Vertretungsmacht oder das Verwaltungsrecht verändern. Nicht diese ändern sich aber, sondern die der Vertretungsmacht oder dem Verwaltungsrecht unterworfenen Lebensgüter erfahren eine Wandlung[9]).

3. Das Recht zur Annahme einer bindenden Offerte ist nach herrschender Meinung ein Gestaltungsrecht[10]). Daß das richtig ist, erscheint mir zweifelhaft. Der Unterschied gegenüber einem Gestaltungsrecht zeigt sich am besten durch einen Vergleich des Rechts zur Annahme einer (Kauf-) Offerte mit dem in seiner Wirkung ähnlichen Vorkaufsrecht. Die Ausübung des letzteren hat die Wirkung, daß durch einseitige Willenserklärung ein Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Gestaltungsgegner zustandekommt. Die Annahme einer Kaufofferte durch einseitige Willenserklärung hat die gleiche Wirkung. Aber beim Vorkaufsrecht ist die Willenserklärung lediglich das Mittel, um das Gestaltungsrecht auszuüben. Bei der Annahme der Offerte ist sie mehr: hier ist sie gleichzeitig Bestandteil des neuen Kaufvertrages. Diese verschiedenartige Wirkung der abgegebenen Willenserklärung dürfte es rechtfertigen, das Recht zur Annahme einer Offerte nicht zu den Gestaltungsrechten zu rechnen.
4. Vereinzelt werden Wandelung und Minderung als Gestaltungs-

---

[7]) Staudinger, Anm. 5 zu § 112.
[8]) So von Enneccerus I, 1 § 66, 3 Anm. 4; v. Tuhr § 7 S. 167 ff; nur hinsichtlich des Verwaltungsrechts: Walsmann, Verzicht S. 108; hinsichtlich der Vertretungsmacht: zweifelnd Oertmann Vorbem. 3 b vor § 164; Vorbem. D 2 c vor § 194. – Gedacht ist dabei natürlich nur an das Recht zur Vertretung eines andern und an die Verwaltung eines fremden Vermögens.
[9]) Im Ergebnis ebenso: Seckel S. 216.
[10]) So: Staudinger, Anm. 5 zu § 194; Oertmann, Vorbem. D 2 a [illegible] vor § 194; v. Tuhr I § 7 S. 162; Seckel S. 207 Anm. 2; Walsmann, Verzicht S. 106; Balog in Grünhut Bd. 34 S. 146.

rechte angesehen[11]). Eine solche Konstruktion ist mit der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar. Die Vorschriften über Wandelung und Minderung, insbesondere die §§ 463, 466, 468, 469, 477 BGB zeigen vielmehr, daß es sich hier um Ansprüche handelt[12]). Der Käufer kann wegen eines Mangels der Sache Wandelung oder Minderung „verlangen", er hat einen Anspruch auf Wandelung oder Minderung. Beide Rechte unterliegen auch nach § 477 BGB der Verjährung, die das Gesetz nur für Ansprüche, nicht für Gestaltungsrechte vorsieht. Wenn § 467 BGB die Vorschriften über den Rücktritt für entsprechend anwendbar erklärt, so werden dadurch nur die Ansprüche aus der vollzogenen Wandelung geregelt; über die Natur der Wandelung lassen sich aus dieser Bestimmung keine Schlüsse ziehen. Gerade die für die Gestaltungsrechte typischen Bestimmungen der §§ 350, 355 BGB gelten bei der Wandelung nicht.

5. Bedenken gegen ihre Zugehörigkeit zu den Gestaltungsrechten bestehen auch noch bei einer Reihe anderer Rechte, die Seckel (S. 207, Anm. 2) als Gestaltungsrechte ansieht[13]). Doch kann hier nicht jedes Recht nach dieser Richtung hin untersucht werden.

Die Zahl der Gestaltungsrechte hat sich damit nicht unerheblich verringert. Dies erschien auch notwendig. Daß die Lehre von den Gestaltungsrechten seit der Abhandlung Seckels, der manche Fragen offen ließ, nicht mehr Gegenstand systematischer Untersuchung gewesen ist, dürfte nicht zuletzt daran liegen, daß man in jeder Rechtsänderung bereits ein Gestaltungsrecht erblickt und infolgedessen diese Rechte ihrem zahlenmässigen Umfange nach stark überschätzt hat. Soll der Begriff der Gestaltungsrechte nicht jede Bedeutung verlieren, so darf er nicht nur ein Sammelname für alle nicht bei den Herrschaftsrechten unterzubringenden Rechte und Befugnisse sein, sondern es müssen alle Rechte ausgesondert werden, die nicht sämtliche Merkmale der Gestaltungsrechte aufweisen.

II. Zu den Gestaltungsrechten gehören u. a.: Vorkaufsrecht, Vortauschrecht, Vormietrecht, Vorpachtrecht, Vordienstrecht, Wiederkaufsrecht, Anfechtungsrechte aller Art, Bestimmungsrecht des Dritten nach §§ 317 ff

---

[11]) So von Walsmann, Verzicht S. 242.

[12]) Wie hier Staudinger Anm. 5 zu § 194.

[13]) So z. B. hinsichtlich des Rechts des Abkömmlings, einseitig auf den Anteil am Gesamtgut zu verzichten (§ 1491 BGB; hier dürfte nur eine Befugnis vorliegen), des Rechts des Miterben zur Übernahme eines Landguts (§ 2049 BGB; hier besteht nur ein auf der Teilungsanordnung des Erblassers beruhender Anspruch gegen die Miterben, RGR-Komm. Bem. 1 zu § 2048; Fischer-Henle, Bem. 1 zu § 2048), des Anordnungsrechts des Dienstberechtigten (nur Ausfluß des Anspruchs auf Leistung der Dienste).

Über eine weitere Gruppe von Rechten, die nicht zu den Gestaltungsrechten, sondern den Ansprüchen gehören, vgl. unten § 7.

BGB, Bestimmungsrecht eines Vertragsteils nach § 316 BGB, Bestimmungsrecht beim Spezifikationskauf (§ 375 H. G. B.), Wahlrecht bei der Alternativobligation, Fristsetzungsrechte, Rücktrittsrecht, Kündigungsrechte, Widerrufsrechte, Aufrechnungsrecht, Hinterlegungsrechte, Recht zur Rücknahme der hinterlegten Sache, Anfechtungsrecht nach der K. O. und dem Anf. Ges., Recht zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht, das Recht zur Ausschließung eines Gesellschafters, Recht des überlebenden Ehegatten bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, die Fortsetzung der Gemeinschaft abzulehnen oder die fortgesetzte Gemeinschaft aufzuheben, Recht zur Entziehung des Pflichtteils.

§ 5

Entstehung der Gestaltungsrechte.

I. Die Gestaltungsrechte kommen, wie jedes andere subjektive Recht, zur Entstehung, sobald der gesamte Tatbestand vorliegt, an den die Rechtsordnung die Entstehung knüpft[1]). Wann das der Fall ist, läßt sich nicht allgemein sagen, sondern kann nur jeweils an Hand aller gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen festgestellt werden[2]). Häufig besteht der zur Entstehung des Gestaltungsrechts erforderliche Tatbestand nicht aus einem einzigen Element, sondern es müssen eine Reihe von Tatbestandselementen zusammentreffen, damit das Recht zur Entstehung gelangen kann. Diese Erfordernisse können sowohl gleichzeitig eintreten wie zeitlich aufeinander folgen[3]). In letzterem Falle braucht vor dem Eintritt des letzten Tatbestandselements noch überhaupt keine Rechtswirkung vorhanden zu sein. Es können aber auch schon vor Vollendung des Gestaltungsrechts in gewissem Umfange Rechtswirkungen erwachsen.

1.) Die Ausübung des Gestaltungsrechts kann vielfach nicht sofort erfolgen, sondern erst nach Ablauf einer bestimmten Frist. Hier ist das Recht schon vorhanden, die Möglichkeit seiner Ausübung aber noch von

---

[1]) Enneccerus I, 1 § 75, § 126 I.

[2]) Das Widerrufsrecht bei der Stiftung oder Auslobung (§ 658 BGB) entsteht mit Vornahme des Rechtsgeschäfts; das Kündigungsrecht des Auftrags (§ 671 BGB) oder der Gesellschaft (§ 723 BGB) entsteht, sofern die ordentliche Kündigung nicht ganz ausgeschlossen ist, mit Abschluß des Vertrages. — Soweit Vertragsfreiheit besteht, können die Parteien die Entstehung des Gestaltungsrechts, z. B. des Aufrechnungsrechts, ganz ausschließen oder die gesetzlichen Entstehungsgründe erweitern und einschränken, z. B. durch die Bestimmung, was als wichtiger Grund zur Kündigung eines Miet- oder Dienstvertrages zu gelten hat. Vgl. auch § 6 Anm. 1.

[3]) Das Anfechtungsrecht wegen Drohung (§ 123 BGB) setzt die Abgabe einer Willenserklärung und eine Drohung voraus. Hier müssen beide Momente gleichzeitig vorliegen. Das Rücktrittsrecht nach § 326 BGB entsteht dagegen durch zeitliches Aufeinanderfolgen mehrerer Tatbestandselemente: Verzug des Schuldners, Fristsetzung nach eingetretenem Verzuge, Ablauf der gestellten Frist.

dem Eintritt des Termins abhängig. Man kann dann von „befristeten Gestaltungsrechten“ sprechen[4]). Nicht immer liegt freilich, wenn nur der Ablauf einer Frist zur Ausübung des Gestaltungsrechts erforderlich ist, ein befristetes Recht vor. Es muß vielmehr stets schon das Gestaltungsrecht vorhanden und nur die Ausübungsmöglichkeit noch hinausgeschoben sein[5]).

2. Aber auch dann, wenn es sich nicht um ein befristetes Recht handelt, kann schon vor Eintritt des letzten Tatbestandselements eine größere oder geringere Aussicht auf den Erwerb des Rechts bestehen. Solche Rechtspositionen, „Anwartschaften“, gibt es auch bei den Gestaltungsrechten. Wann sie vorliegen, läßt sich wiederum nur jeweils im Einzelfalle feststellen. Nicht jede entfernte Möglichkeit, ein Gestaltungsrecht zu erwerben, stellt sich bereits als Anwartschaft dar. Insbesondere reicht allein die Tatsache, daß ein Vertragsverhältnis besteht, nicht aus, um schon die Anwartschaft auf ein gesetzliches Gestaltungsrecht zu begründen[6]). Sonst würde man zu dem Ergebnis gelangen, daß z. B. gleichzeitig mit Abschluß eines Mietvertrages neben dem ordentlichen Kündigungsrecht noch eine Reihe von Anwartschaften auf außerordentliche Kündigungsrechte entstehen. Das Gestaltungsrecht muß vielmehr immer schon derart in der Entstehung begriffen sein, daß mit einiger Wahrscheinlichkeit auf seine Vollendung zu rechnen ist[7]).

Anwartschaften können auch dadurch entstehen, daß die Entstehung des Gestaltungsrechts von einer aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht wird. Die Ausübung der Gestaltungsrechte kann zwar nicht unter einer Bedingung erfolgen, ihre Begründung ist aber auch bedingt mög-

---

[4]) Ist z. B. in einem am 1. Oktober 1932 geschlossenen Vertrag (Miet-, Pacht-, Dienst-, Gesellschaftsvertrag) vereinbart, daß er mit dreimonatlicher Frist erstmalig zum 30. 9. 1934 gekündigt werden kann, so liegt ein befristetes Gestaltungsrecht vor.

[5]) Das in Anm. 3 erwähnte Rücktrittsrecht des § 326 BGB ist kein befristetes Gestaltungsrecht. Es entsteht erst nach Ablauf der gesetzten Frist. Vorher ist ein Gestaltungsrecht noch nicht vorhanden.

[6]) Das gilt nur für die gesetzlichen Gestaltungsrechte, nicht auch für die rechtsgeschäftlichen. Über den Unterschied beider siehe § 6, 1.

[7]) Als Anwartschaften können angesehen werden: Das Vorkaufsrecht vor Abschluß des zu seiner Ausübung notwendigen Kaufvertrages; das Rücktrittsrecht des § 326 nach Fristsetzung; das Aufrechnungsrecht kurz vor Fälligkeit der eigenen Forderung; das Wahlrecht des nicht wahlberechtigten Schuldners nach Fristsetzung (§ 264 Abs. 2 BGB. — Das Gesetz spricht zwar hier davon, daß das Wahlrecht auf den Schuldner „übergehe“; m. E. muß das aber so verstanden werden, daß das Wahlrecht des Gläubigers untergeht und ein Wahlrecht für den Schuldner entsteht. Das folgt schon daraus, daß auf das neue Wahlrecht des Schuldners nicht Abs. 2, sondern Abs. 1 des § 264 BGB Anwendung findet). Keine Anwartschaft besteht dagegen beim Kündigungsrecht aus § 626 BGB vor Entstehung des wichtigen Grundes, beim Kündigungsrecht der Leihe vor Eintritt der Kündigungsvoraussetzungen des § 605 BGB.

lich[8]).

II. Sind sämtliche Tatbestandselemente des Gestaltungsrechts vorhanden, so ist das Gestaltungsrecht entstanden. Ob der Berechtigte von der Entstehung des Rechts Kenntnis hat, ist unerheblich. Auch ohne eine solche entsteht das Recht. In den Fällen, in denen eine Frist zur Ausübung des Gestaltungsrechts vorgesehen ist, wird diesem Umstande aber vielfach dadurch Rechnung getragen, daß die Frist erst von der Kenntnis ab zu laufen beginnt[9]). Oder das Gesetz enthält zwei verschieden lange Fristen, von denen die längere mit Entstehung des Rechts, die kürzere mit Kenntnis der Entstehung ihren Anfang nimmt[10]).

§ 6

Die Einteilung der Gestaltungsrechte.

Die Gestaltungsrechte lassen sich unter verschiedenen Gesichtspunkten in Gruppen zusammenfassen. Nur die drei wichtigsten Einteilungsmöglichkeiten sollen aber hier genannt werden:

1. Teilt man die Gestaltungsrechte nach dem Rechtsgrunde ein, dem sie ihre Entstehung verdanken, so ergeben sich zwei Gruppen: gesetzliche und rechtsgeschäftliche Gestaltungsrechte. Ein gesetzliches Gestaltungsrecht liegt vor, wenn das Gestaltungsrecht unmittelbar auf dem Gesetz, ein rechtsgeschäftliches, wenn es unmittelbar auf einem Rechtsgeschäft (Vertrag, Testament) beruht. Daß Entstehung und Wirkung des Gestaltungsrechts gesetzlich geregelt sind, ist somit nicht entscheidend. Sonst würde es, da fast alle Gestaltungsrechte im Gesetz vorgesehen sind, nur gesetzliche Gestaltungsrechte geben[1]). Es kommt vielmehr darauf an, ob das Gestaltungsrecht ohne, ja sogar trotz gegentei-

---

[8]) Ein Rücktrittsrecht, Vorkaufs-, Wiederkaufsrecht kann unter aufschiebender Bedingung vereinbart werden. Bei den gesetzlichen Gestaltungsrechten kommen aufschiebende Bedingungen nicht vor.

[9]) So beim Vorkaufsrecht (§ 510 Abs. 2 BGB), dem Eheanfechtungsrecht (§ 1139 BGB), dem Widerrufsrecht des Schenkers (§ 532 BGB). Bei der Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes beginnt die Frist dagegen mit Kenntnis von der Geburt des Kindes, ohne Rücksicht auf die Kenntnis der Anfechtbarkeit.

[10]) Z. B. bei der Anfechtung wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und Drohung (§ 121 Abs. 1 und 2, § 124 Abs. 1 und 3 BGB), bei der Anfechtung des Testaments (§ 2082 BGB).

[1]) Außer den gesetzlich zugelassenen Gestaltungsrechten dürften nur noch dem Vorkaufsrecht ähnliche Rechte begründet werden können, wie Vormietrecht (HRR 28, 1969; OLG 17, 26), Vorpachtrecht (RG 124, 265; 125, 123), Vordienstrecht, Vortauschrecht (RGR-Komm. Bem. 1 zu § 504). Daneben können Gestaltungsrechte, die nur bei bestimmten Vertragstypen gesetzlich vorgesehen sind, auch für andere Verträge vereinbart werden; z. B. kann bei der Verwahrung ein Kündigungsrecht, bei einem Kauf ein Widerrufsrecht vereinbart werden.

liger Vereinbarung kraft gesetzlicher Bestimmung entsteht, oder ob es durch Rechtsgeschäft begründet worden ist[2]). Zu den letzteren wird man auch die Gestaltungsrechte rechnen müssen, die im Gesetz zur Ergänzung fehlender Vertragsbestimmungen vorgesehen sind[3]).

2. Die Gestaltungsrechte können weiterhin nach der Wirkung, die durch ihre Ausübung hervorgerufen wird, in Begründungs-, Veränderungs- und Aufhebungsrechte eingeteilt werden[4]). Da auf diese Einteilung schon in anderem Zusammenhang eingegangen worden ist, genügt eine kurze Definition:

Begründungsrechte sind die Gestaltungsrechte, die die Macht zur einseitigen Begründung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses gewähren[5]). Veränderungsrechte sind die Rechte, die auf den Inhalt bestehender Rechtsbeziehungen verändernd einwirken[6]). Aufhebungsrechte sind schließlich solche, die ein Recht oder Rechtsverhältnis zum Erlöschen bringen[7]).

3. Man kann die Gestaltungsrechte ferner in „selbständige" und „unselbständige" (akzessorische) Gestaltungsrechte einteilen, eine Unterscheidung, die für die Übertragbarkeit dieser Rechte von großer Bedeutung ist[8]). Die unselbständigen Gestaltungsrechte sind mit Rechten und Pflichten des Berechtigten verbunden und dienen dazu, diese zu gestalten. Bei den selbständigen Gestaltungsrechten fehlt eine unmittelbare

---

[2]) Gesetzliche Gestaltungsrechte sind z. B.: Die Anfechtungsrechte aller Art, das Widerrufsrecht des Schenkers, die Widerrufsrechte aus §§ 109, 178, 1397, 1830 BGB, die Kündigungsrechte aus § 626, §§ 642, 643 BGB, das Aufrechnungsrecht, das Recht zur Entziehung des Pflichtteils. Rechtsgeschäftliche Gestaltungsrechte sind u. a. das Wahlrecht der Alternativobligation, das Bestimmungsrecht beim Spezifikationskauf (§ 375 HGB), das Wiederkaufsrecht, das ordentliche Kündigungsrecht des Dienst-, Miet-, Gesellschaftsvertrages. Manche Gestaltungsrechte kommen sowohl als vertragliche wie als gesetzliche vor: z. B. das Vorkaufsrecht, das Rücktrittsrecht.

[3]) Deshalb ist z. B. das ordentliche Kündigungsrecht des Miet-, Dienst-, Pacht-, Gesellschaftsvertrages ein rechtsgeschäftliches Gestaltungsrecht auch dann, wenn die Parteien über die Kündigung des auf unbestimmte Zeit geschlossenen Vertrages nichts vereinbart haben.

[4]) Seckel S. 212; v. Tuhr I § 7 S. 162 ff; Fontheim, Anfechtungsrecht S. 13 ff.

[5]) Hierher gehören z. B. das Vorkaufsrecht, das Wiederkaufsrecht.

[6]) z B. das Wahlrecht der Alternativobligation, das Bestimmungsrecht beim Spezifikationskauf, das Bestimmungsrecht des Dritten, das Recht des Versicherungsnehmers, den Bezugsberechtigten zu widerrufen, das Kündigungsrecht zur Herbeiführung der Fälligkeit einer Forderung (das Kündigungsrecht des Darlehns gehört aber zu den Aufhebungsrechten).

[7]) Anfechtungs-, Kündigungs- und Widerrufsrechte aller Art (mit geringen Ausnahmen), das Rücktrittsrecht, das Aufrechnungsrecht, das Recht auf Rücknahme der hinterlegten Sache, das Recht zur Entziehung des Pflichtteils.

[8]) Seckel S. 217.

Beziehung zu der sonstigen Rechtsstellung des Berechtigten[9]).

Die Verbindung der Gestaltungsrechte mit andern Rechten und Pflichten soll nach Ansicht Seckels (S. 217) eine mehr oder weniger enge sein können. Das erscheint zunächst durchaus einleuchtend, wenn man etwa Wahlrecht und Rücktrittsrecht miteinander vergleicht. Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, daß der Grad der Akzessorietät stets der gleiche ist. Nur können die Beziehungen des Gestaltungsrechts zu der sonstigen Rechtsstellung des Berechtigten jeweils verschieden sein, indem manche Gestaltungsrechte mit einem einzigen Recht, andere mit einer Mehrheit von Rechten oder mit einem Rechtsverhältnis verknüpft sind.

§ 7

Die Ausübung der Gestaltungsrechte.

I. Die Gestaltungsrechte geben die Macht zur einseitigen Herbeiführung einer Rechtsänderung. Diese, meist einzige[1]) Wirkung tritt nicht von selbst ein, es bedarf dazu der Ausübung des Gestaltungsrechts.

Sobald das Gestaltungsrecht entstanden ist, kann es auch ausgeübt werden. Entstehung und Ausübung fallen regelmäßig zusammen[2]).

II. Die Ausübung der Gestaltungsrechte erfolgt durch einseitige Willenserklärung, zu deren Wirksamkeit in manchen Fällen noch ein Staatsakt, insbesondere ein Urteil, hinzukommen muß.

1. Ein großer Teil der Gestaltungsrechte, insbesondere des Obligationenrechts, kann durch einseitige Willenserklärung ausgeübt werden[3]). Die Willenserklärung ist meist eine empfangsbedürftige, wird also erst wirksam, wenn sie dem Erklärungsempfänger zugeht[4]). Nur aus-

---

[9]) Zu den unselbständigen Gestaltungsrechten, die an Zahl und Bedeutung überwiegen, gehören z. B. das Anfechtungsrecht der §§ 119 ff BGB, das Eheanfechtungsrecht, die Rücktritts-, Kündigungs- und Widerrufsrechte, das Wahlrecht der Alternativobligation. Selbständige Gestaltungsrechte sind das Vorkaufsrecht, das Wiederkaufsrecht, das Recht zur Entziehung des Pflichtteils, das Recht zur Rücknahme der hinterlegten Sache.

[1]) Nur ausnahmsweise kommt den Gestaltungsrechten eine weitergehendere Wirkung zu: Beim Anfechtungs- und Aufrechnungsrecht steht dem Bürgen (§ 770 BGB), dem Eigentümer des mit einer Hypothek belasteten Grundstücks (§ 1137 BGB) und dem Verpfänder einer beweglichen Sache (§ 1211 BGB) eine aufschiebende Einrede zu.

[2]) Auch das befristete Gestaltungsrecht, z. B. ein Kündigungsrecht, kann schon vor Ablauf der Frist ausgeübt werden (Staudinger, Anm. II 2 c zu § 564; RG 91, 309).

[3]) Beispiele in den Anmerkungen 4 und 5.

[4]) So bei der Anfechtung aus §§ 119 ff und 2078 ff, den Kündigungsrechten aller Art, dem Widerrufsrecht des Schenkers, des Auftraggebers, des Anweisenden, dem Vorkaufsrecht, Wiederkaufsrecht, Wahlrecht, Aufrechnungsrecht, Rücktrittsrecht, dem Recht auf Rücknahme der hinterlegten Sache.

nahmsweise genügt eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, und zwar dann, wenn die Ausübung des Gestaltungsrechts durch letztwillige Verfügung zu erfolgen hat, oder wenn das Rechtsgeschäft, auf dem das Gestaltungsrecht beruht, ebenfalls durch einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung entstanden und über den Entstehungsakt noch nicht hinausgelangt ist[5]).

Empfänger der Willenserklärung ist bald der Gestaltungsgegner, bald ein Dritter. Gestaltungsgegner und Erklärungsempfänger sind somit nicht stets identisch. Wo das Gesetz aber nichts Gegenteiliges bestimmt, ist die Willenserklärung immer gegenüber dem abzugeben, in dessen Rechtsstellung durch die Ausübung des Rechts eingegriffen wird[6]). In einigen Fällen hat der Berechtigte die Wahl, ob er das Recht durch Erklärung an den Gestaltungsgegner oder an den Dritten ausüben will[7]).

Eine Form für die Abgabe der Willenserklärung ist in der Regel nicht vorgeschrieben[8]). Eine Erschwerung der Form kann aber vertraglich vereinbart werden.

Ob die Willenserklärung auch unter einer Bedingung abgegeben werden kann, ist sehr bestritten. Bei der Aufrechnung (§ 388 BGB) und der Ablehnung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft (§ 1484 Abs. 2 BGB) ist die Beifügung einer Bedingung durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift für unzulässig erklärt. Soweit gesetzliche Bestimmungen fehlen,

---

[5]) Durch Testament wird das Recht zur Entziehung des Pflichtteils ausgeübt (§ 2336 BGB). Eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung genügt für den Widerruf des Stiftungsgeschäfts (§ 81 Abs. 2 S 1 BGB) und der Auslobung (§ 658 Abs. 1 S. 2 BGB), ferner für den Widerruf der Vollmacht, wenn sie durch öffentliche Bekanntmachung erteilt wurde. (Staudinger, Anm. 6 zu § 168) Hat der Stifter bereits die staatliche Genehmigung nachgesucht, so muß der Widerruf durch empfangsbedürftige Willenserklärung (gegenüber der Behörde) ausgesprochen werden (§ 81 Abs. 2 S. 2 BGB).

[6]) Der Gestaltungsgegner ist z. B. Erklärungsempfänger: bei der Aufrechnung , dem Rücktrittsrecht, dem Widerrufsrecht des Schenkers, den Kündigungsrechten aller Art, dem Wahlrecht, Vorkaufsrecht, Wiederkaufsrecht.

Gegenüber einem Dritten erfolgt die Ausübung z. B.: bei der Anweisung (§ 790 BGB), dem Recht auf Rücknahme der hinterlegten Sache (§ 376 BGB), der Anfechtung eines Testaments (jedoch nur in den im § 2081 Abs. 1 BGB angeführten Fällen), bei der Anfechtung der Erbschaftsannahme oder -ausschlagung (§ 1955 BGB).

Für die Anfechtung vgl. auch § 143 BGB.

[7]) Wer mit einem vollmachtlosen Stellvertreter kontrahiert hat, kann sowohl gegenüber dem falsus procurator wie gegenüber dem Vertretenen widerrufen (§ 178 BGB). Entsprechendes gilt, wenn ein Vertrag mit einem Minderjährigen geschlossen wurde (§ 109 BGB).

[8]) Ausnahmen bestehen auch hier: die Entziehung des Pflichtteils erfolgt durch Testament (§ 2336 BGB), die Ablehnung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft und Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft sind in öffentlich-beglaubigter Form zu erklären (§§ 1484 Abs. 2, 1492 BGB).

hängt die Beantwortung dieser Frage davon ab, ob die Willenserklärung, durch die das Gestaltungsrecht ausgeübt wird, ihrer Natur nach eine Bedingung verträgt. Das wird zu verneinen sein. Die Ausübung des Gestaltungsrechts schafft einen neuen Rechtszustand, der für den Gestaltungsgegner wie für den Berechtigten unter Umständen sehr einschneidende Wirkungen haben kann. Die Willenserklärung muß deshalb so bestimmt sein, daß kein Zweifel darüber bestehen kann, ob eine rechtliche Veränderung eingetreten ist oder nicht. Wird die Wirksamkeit der Willenserklärung von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis abhängig gemacht, so fehlt es an der notwendigen Bestimmtheit. Die die Rechtsänderung herbeiführende Willenserklärung gehört demnach zu den bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäften. Für die von einem zufälligen, ungewissen Ereignis abhängig gemachte, sog. casuelle Bedingung ist das auch allgemein anerkannt. Es kann aber auch dann nichts anderes gelten, wenn es im Willen des Gegners liegen soll, ob die Bedingung eintritt[9]). Unbedenk-

---

[9]) Ebenso: Planck, Vorbem. 3 d vor § 158; Warneyer, Anm. II zu § 158; RGR-Komm. Bem. 5 zu § 158; Seckel S. 239; RG 66, 153 (für die Anfechtung); RG 97, 273 (für das Vorkaufsrecht); RG in Warn. E 1915, Nr. 103 u. RG in J. W. 1918, 219 (für die Kündigung). — Für manche Gestaltungsrechte, insbesondere die Kündigung, wollen viele die Potestativbedingung zulassen, sofern sie genügend bestimmt ist, so: Staudinger, Vorbem. 6 vor § 158 und Anm. II 2 b zu § 564; Oertmann, Bem. 2 b zu § 564; Enneccerus I, 1 § 182 II 2 (mit wesentlichen Einschränkungen); OLG Braunschweig in Seuff. Arch. 57 Nr. 60; OLG Hamburg in Seuff. Arch. 74 Nr. 4; Ritter S. 156. Wenn diese Ansicht damit begründet wird, daß das Gesetz über eine unbedingte Kündigung nichts enthalte, so ist das nicht stichhaltig. Die Hinzufügung einer Bedingung ist nur ausnahmsweise ausdrücklich verboten, sie ist aber, wie oben ausgeführt, mit dem Wesen und Zweck der Gestaltungserklärung unvereinbar und deshalb unzulässig. Es erscheint widerspruchsvoll, daß Staudinger (a. a. O.) die Potestativbedingung bei Kündigung und Rücktritt zulassen will, bei der Anfechtung aber nicht. Auch bei dieser enthält das Gesetz keine Bestimmung über die Unzulässigkeit einer Bedingung. Zwischen allen drei Rechten besteht jedenfalls insofern kein Unterschied, als sie sämtlich das Vertragsverhältnis zum Erlöschen bringen. Der Hinweis Staudingers auf § 643 BGB ist nicht überzeugend. Diese Bestimmung gewährt ein Fristsetzungsrecht, also ein Gestaltungsrecht, wie es sich ähnlich im § 326 BGB findet. Wenn das Gesetz die Worte verwendet, „daß er den Vertrag kündige", so soll dadurch anscheinend nur klargestellt werden, daß der Vertrag nicht mit rückwirkender Kraft, sondern ex nunc aufgehoben werde. Überdies wird selbst eine ganz bestimmte Potestativbedingung häufig nicht geeignet sein, die auch von Staudinger für notwendig erachtete Klarheit über das Bestehen oder Nichtbestehen des Vertragsverhältnisses zu schaffen. Kündigt z. B. der Vermieter fristgerecht (nicht fristlos) für den Fall, daß der Mieter nicht binnen drei Tagen die rückständige Miete von 200 RM bezahle, und zahlt der Mieter in der Annahme, nicht mehr zu schulden nur 100 RM, ist dann der Vertrag aufgelöst, wenn der Mieter, z. B. wegen berechtigter Abzüge, nur diesen Betrag schuldete? Da der Vermieter fristgerecht auch ohne die erwähnte Bedingung kündigen konnte, müßte die Entscheidung davon abhängen, wie seine Willenserklärung auszulegen ist. Eine klare und bestimmte Rechtslage darüber, ob das Ge-

lich ist dagegen die Erklärung, daß das Gestaltungsrecht nur für den Fall ausgeübt werde, daß die dadurch hervorzurufende Wirkung nicht bereits auf andere Weise eingetreten sei[10]). Hier handelt es sich nicht um eine wirkliche Bedingung, sondern um eine Eventualerklärung, wie sie trotz der Vorschrift des § 388 BGB auch bei der Aufrechnung zulässig ist[11]).

Berechtigter oder Gestaltungsgegner kann auch eine Personenmehrheit sein. Ob dann das Gestaltungsrecht von jedem Einzelnen ausgeübt werden kann oder ob alle mitwirken müssen, ob die Ausübung gegenüber einem einzigen Gestaltungsgegner zulässig ist und welchen Einfluß das auf die Beziehungen zu den übrigen hat, hängt, soweit gesetzliche Vorschriften fehlen, von den Umständen des einzelnen Falles ab. Vielfach wird es darauf ankommen, welchen Inhalt das Rechtsverhältnis hat, auf dem das Gestaltungsrecht beruht, und ob die zu Grunde liegende Leistung nicht nur objektiv, sondern auch nach dem Willen der Parteien teilbar ist[12]).

Mit der Ausübung des Gestaltungsrechts tritt die Rechtsänderung ein, die durch das Recht herbeigeführt werden kann. An die wirksam abgegebene Erklärung ist der Berechtigte gebunden, er kann sie weder zurücknehmen noch ändern[13]).

2. Nicht jedes Gestaltungsrecht kann durch einseitige Willenserklärung ausgeübt werden, bei manchen Rechten tritt vielmehr eine Rechtsände-

---

staltungsrecht ausgeübt ist, wird nur bestehen, wenn man eine unbedingte Willenserklärung für erforderlich erachtet.

[10]) So, wenn z. B. ein vertragliches Wiederkaufsrecht nur für den Fall ausgeübt wird, daß eine vorher ausgesprochene Anfechtung unwirksam sei. (RG 97, 273; RGR-Komm. Vorbem. 5 vor § 158).

[11]) RG 57, 101; 97, 273.

[12]) Das Kündigungsrecht des Mietvertrages kann nur von allen gegen alle ausgeübt werden. (Staudinger Anm. II 2 e zu § 564; Planck Bem. 2 b zu § 564; RGR-Komm. Bem. 3 zu § 564; RG 97, 81; 138, 186). Bei mehreren Anfechtungsberechtigten kann jeder einzelne anfechten (RG 56, 423), bei mehreren Anfechtungsgegnern kann auch nur gegenüber einem Einzelnen angefochten werden (RG 65, 405); ob dann der ganze Vertrag nichtig ist, bestimmt sich nach § 139 BGB (RGR-Komm. Bem. 2 zu § 143). Das gleiche gilt für Widerruf und Kündigung eines Auftrags. (Staudinger Anm. 4 und 5 zu § 671; RGR-Komm. Bem. 4 zu § 671; Enneccerus I, 2 § 383 Anm. 1). Mehrere Dienstberechtigte können nur gemeinsam kündigen. (OLG 28, 128) Gesetzliche Bestimmungen bestehen für den Rücktritt (§ 356 BGB), das Wiederkaufsrecht (§ 502 BGB), das Vorkaufsrecht (§ 513 BGB), die Gesellschaft (§§ 723, 727 BGB). Eine analoge Anwendung dieser Vorschriften auf andere Gestaltungsrechte ist nicht zulässig. (RG 56, 423).

[13]) Hat z. B. der Wahlberechtigte die eine Leistung gewählt, so kann er nicht mehr die andere wählen. Ficht er seine Erklärung wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung an, so kann er nur deshalb erneut wählen, weil durch die Anfechtung seine Erklärung nichtig wurde, das Wahlrecht also noch nicht wirksam ausgeübt ist. — Ebenso Seckel S. 236 Anm. 1.

rung endgültig erst durch rechtsgestaltendes Urteil ein[14]).

Ob das Urteil die alleinige Ursache für den Rechtserfolg bildet oder ob daneben noch eine privatrechtliche Erklärung vorhanden ist, ist sehr bestritten. Kisch (Urteilslehre S. 68 f) nimmt an, daß sich die Rechtsänderung an das Urteil knüpfe, während der Klageerhebung nur untergeordnete Bedeutung zukomme. Demgegenüber vertritt Seckel (S. 239 ff) die Auffassung, daß zur Ausübung des Gestaltungsrechts immer ein privatrechtliches Rechtsgeschäft gehöre. Das Urteil trete niemals unter Verdrängung des Privatakts an dessen Stelle, es verbinde sich vielmehr mit ihm zum privatrechtlichem Doppeltatbestand. Dem ist zuzustimmen. Die Erhebung der Rechtsgestaltungsklage hat doppelten Charakter: sie ist einerseits Rechtshandlung und insofern rechtsgeschäftlicher Natur, andererseits prozessualer Akt[15]). Die Rechtsgestaltung tritt zwar erst mit Rechtskraft des Urteils ein, daß dieses aber ergehen kann, ist eine Folge der Klageerhebung und damit der in ihr enthaltenen rechtsgeschäftlichen Handlung. Deren Bedeutung zeigt sich namentlich bei der Eheanfechtungsklage, wenn infolge des Todes eines Ehegatten ein Urteil nicht ergeht. Die in der Erhebung der Klage liegende Anfechtung behält dann ihre Wirkung, und es kann jeder, der ein rechtliches Interesse daran hat, die Nichtigkeit der Ehe geltend machen[16]).

Auch wenn das Gestaltungsrecht durch Urteil ausgeübt wird, ist es ein Privatrecht. Es gewährt stets eine privatrechtliche Machtbefugnis, nicht etwa einen publizistischen Rechtsanspruch[17]). Wenn das Recht zur Entziehung der Vertretungsmacht nach § 715 BGB durch einseitige Willenserklärung, nach § 127 HGB durch Urteil auszuüben ist, so kann dieser Unterschied bei zwei sonst ganz gleichartigen Rechten nicht dazu führen, im einen Fall ein privates Recht „gegen den Gesetzesuntertan", im andern ein Recht „gegen den Staat als solchen" anzunehmen. Es ist auch nur teilweise richtig, wenn Stein-Jonas (Anm. II 3 vor § 253) seine gegenteilige Ansicht damit begründet, „der andere Teil könne dem Recht nicht genügen". Im Gebiete des Obligationenrechts können die Parteien dem Urteil entsprechende Rechtswirkungen auch durch Vereinbarung herbeiführen.

Die Rechtsgestaltungsurteile führen eine Änderung des bestehenden

---

[14]) Seckel S. 237; Balog in Grünhut Bd. 34 S. 123 ff; Jäger in Buschs Z. Bd 40 S. 134 f. — Beispiele bilden das Eheanfechtungsrecht (§ 1341 BGB), die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes (§ 1596 BGB), das Recht zur Entziehung der Vertretungsmacht (§ 127 HGB), das Recht zur Ausschließung eines Gesellschafters (§ 140 HGB).

[15]) Staudinger Anm. 1 b zu § 1341; RGR-Komm Bem. 2 zu § 1341.

[16]) Staudinger, Anm. 2 zu § 1343; RGR-Komm. Bem. 6 zu § 1343; Fischer-Henle Bem. 6 zu § 1343.

[17]) Balog in Grünhut Bd. 34 S. 125; Jäger in Buschs Z. Bd. 40 S. 134.— a. A. Stein-Jonas Anm. II 3 vor § 253 ZPO.

Rechtszustandes herbei. Das bedeutet aber nicht, daß ein Gestaltungsrecht immer dann vorliegt, wenn eine Rechtsänderung durch konstitutives Urteil eintritt. Die Rechtsgestaltungsklage ist nur die äußere Form, die das Gesetz in besonderen Fällen zur Geltendmachung von Rechten vorschreibt. Darüber, welcher Art das durch Klage auszuübende Recht ist, ergibt sich aus der konstitutiven Wirkung des Urteils noch nichts. Ein Rechtsgestaltungsurteil kann auch da notwendig sein, wo nicht ein Gestaltungsrecht ausgeübt, sondern ein Anspruch geltend gemacht wird[18]).

§ 8

Erlöschen der Gestaltungsrechte.

Die Gründe, die zum Erlöschen der Gestaltungsrechte führen können, sind so verschiedenartige, daß ihre vollständige Aufzählung kaum möglich ist. Nur die wichtigsten sollen deshalb hier genannt werden:

1. Alle Gestaltungsrechte erlöschen, sobald sie ihrem ganzen Umfange

---

[18]) Nicht zu den Gestaltungsrechten gehören deshalb z. B.: das Recht auf Herabsetzung einer Vertragsstrafe, das Recht auf Scheidung, das Recht eines Gesellschafters, die Auflösung einer o. H. G. durch gerichtliche Entscheidung herbeizuführen. In allen diesen Fällen handelt es sich um die Geltendmachung von Ansprüchen. —

Die herrschende Meinung scheint diese Ansicht allerdings nicht zu teilen, sondern ein Gestaltungsrecht immer da anzunehmen, wo ein konstitutives Urteil vorgesehen ist. Sie rechnet jedenfalls die vorerwähnten Rechte sämtlich zu den Gestaltungsrechten. (vgl. Seckel S. 207, Anm. 2; S. 240, Anm. 1; Balog in Grünhut Bd. 34 S. 124 ff; Jäger in Buschs Z. Bd. 40 S. 134) Aber Balog spricht selbst (S. 151) davon, daß der Schuldner „die Herabsetzung der Höhe der Vertragsstrafe verlangen" könne. Das Recht, ein Tun oder Unterlassen, hier, die Herabsetzung der Vertragsstrafe zu verlangen, ist aber ein Anspruch und kein Gestaltungsrecht. Ebenso spricht Jäger (S. 135) von dem Recht, die Scheidung zu verlangen. Nach Ansicht Seckels (S. 207 Anm. 2, S. 240 Anm. 1) und Balogs (S. 150) soll auch das Recht des Unterhaltsverpflichteten, den Unterhalt in anderer Weise als durch Zahlung einer Geldrente zu gewähren (§ 1612 Abs. 1 BGB), ein Gestaltungsrecht sein. Die Ausdrucksweise des Gesetzes „kann verlangen", deutet aber auf einen Anspruch hin.

Ebenso sind keine Gestaltungsrechte, sondern Ansprüche: die Rechte aus den §§ 1418, 1468, 1469, 1495, 1542 BGB.

Der Gesetzgeber hat es überhaupt in der Hand, ob er für die Herbeiführung einer Rechtsänderung ein Gestaltungsrecht oder einen Anspruch gewähren will. Das zeigt sich namentlich beim Verwahrungsvertrage. Nach § 695 BGB kann der Hinterleger die verwahrte Sache jederzeit zurückfordern, nach § 696 der Verwahrer jederzeit ihre Rücknahme verlangen. In beiden Fällen handelt es sich demnach um Ansprüche, während für das Lagergeschäft des HGB im § 422 ein Kündigungsrecht des Lagerhalters vorgesehen ist. Ebenso hätten Wandelung und Minderung statt als Ansprüche auch als Gestaltungsrechte konstruiert werden können. Es kommt also für die Frage, ob ein Gestaltungsrecht oder ein Anspruch vorliegt, stets nur auf die gesetzliche Regelung an.

nach ausgeübt sind[1]). Da die wirksam abgegebene Erklärung nicht widerrufen werden kann, ist für ein Fortbestehen des Gestaltungsrechts nach erfolgter Ausübung kein Raum.

2. Die Gestaltungsrechte verjähren zwar nicht, ihre Ausübung kann aber häufig nur innerhalb bestimmter Fristen, sog. Ausschlußfristen (Präklusivfristen) erfolgen[2]). Diejenigen, deren Interessen durch das Bestehen des Gestaltungsrechts berührt werden, sollen nicht dauernd in Ungewißheit darüber bleiben, ob der Berechtigte das Gestaltungsrecht ausüben wird oder nicht. Mit Ablauf der Ausschlußfrist erlischt das Gestaltungsrecht[3]).

Die Länge der Ausschlußfrist ist für die einzelnen Rechte sehr verschieden und meist im Gesetz genau bestimmt; doch können die Parteien manchmal an die Stelle der gesetzlichen Frist eine andere setzen[4]).

Ein dem Fristablauf ähnlicher Erlöschungsgrund ist der durch Nichtausübung. Manche Gestaltungsrechte gehen trotz Fehlen einer Aus-

---

[1]) Der Zusatz „ihrem ganzen Umfange nach" ist erforderlich, weil es auch Gestaltungsrechte gibt, bei denen eine teilweise Ausübung möglich ist. Hierher gehört das Bestimmungsrecht beim Spezifikationskauf (§ 375 HGB). Hat z. B. der Käufer die Waren a, b und c zu spezifizieren, und spezifiziert er zunächst nur die Ware a, so erlischt sein Bestimmungsrecht nur für diese und besteht für die übrigen Waren weiter. Auch beim Wahlrecht der Alternativobligation kann eine teilweise Ausübung vorkommen, wenn es sich um teilbare Leistungen handelt und aus jeder der wahlweise geschuldeten Leistung ein Teil gewählt werden darf. Ebenso kann das Kündigungsrecht des Gläubigers beim Darlehnsvertrage oder zur Herbeiführung der Fälligkeit teilbarer Forderungen nur teilweise ausgeübt werden. Man könnte freilich in allen diesen Fällen die Ansicht vertreten, daß es sich hier nicht um ein einheitliches Gestaltungsrecht, sondern um eine Mehrheit von Rechten handelt. Aber gerade das letzte Beispiel zeigt, daß eine solche Auffassung nicht möglich ist. Sie würde dazu führen, daß jeder Gläubiger einer Darlehnsforderung eine im voraus unübersehbare Zahl von Kündigungsrechten besäße. Ferner ist die Teilkündigung eines Miet- oder Pachtvertrages zulässig, wenn eine Mehrheit von Räumen überlassen ist (RG 114, 245). — vgl. auch v. Tuhr I § 14, S. 239 f.

[2]) Ausschlußfristen bestehen z. B. für die Anfechtung (§§ 121, 124 BGB), das Widerrufsrecht des Schenkers (§ 532 BGB), das Wiederkaufsrecht (§ 503 BGB), das Vorkaufsrecht (§ 510 BGB). Die Beteiligten können auch selbst Ausschlußfristen für die Ausübung des Gestaltungsrechts vereinbaren, so z. B. beim Rücktritt (§ 355 BGB).

[3]) Der Ablauf der Ausschlußfrist gewährt nicht nur, wie die Verjährung, eine Einrede, sondern ist im Prozeß von Amts wegen zu berücksichtigen. (Staudinger, Vorbem. 3 vor § 194; RGR-Komm. Bem. 1 zu § 186; Enneccerus I, 1 § 211 III 1).

[4]) Eine von der gesetzlichen abweichende Ausschlußfrist kann z. B. für das Vorkaufs- und Wiederkaufsrecht vereinbart werden. (§§ 510 Abs. 2 S. 2; 503 S. 2 BGB).

schlußfrist unter, wenn sie nicht rechtzeitig ausgeübt werden[5]). Meist bedarf es dazu vorher einer Aufforderung des Gestaltungsgegners, das Recht auszuüben[6]).

3. Viele Gestaltungsrechte erlöschen ferner durch (nachträglichen) Verzicht[7]). Bei andern ist ein Verzicht unzulässig[8]). Streitig ist, ob der Verzicht durch einseitiges oder zweiseitiges Rechtsgeschäft zu erfolgen hat. Seckel (S. 230) meint, daß von den Fällen abgesehen, in denen ein einseitiger Verzicht im Gesetz selbst vorgesehen ist, nur ein Verzichtvertrag zulässig sei. Dem kann nicht zugestimmt werden. Zum Erlaß einer Schuld bedarf es nach § 397 BGB allerdings eines Vertrages. Diese Bestimmung gilt aber zunächst nur für Forderungsrechte. Sie mit der herrschenden Meinung dahin auszudehnen, daß es im Gebiete der Schuldverhältnisse nur einen zweiseitigen Verzicht gebe, erscheint bedenklich. Wenn es einseitig dem Willen des Berechtigten überlassen bleibt, ob er das Gestaltungsrecht ausüben will, so ist kein Grund ersichtlich, warum nicht auch regelmäßig ein einseitiger Verzicht auf das Gestaltungsrecht genügen soll. Daß der Schuldner den Anspruch des Gläubigers (z. B. durch Hinterlegung) auch gegen dessen Willen tilgen, der Gestaltungsgegner dagegen den Berechtigten nicht zur Ausübung des Rechts zwingen kann, dürfte einen zu grundlegenden Unterschied zwischen Forderungs- und Gestaltungsrechten bilden, um eine analoge Anwendung des § 397 BGB zu rechtfertigen[9]). Nur dann muß ein einseitiger Verzicht unzulässig

---

[5]) z. B. das Wahlrecht des Gläubigers bei der Alternativobligation (§ 264 Abs. 2 BGB), das Bestimmungsrecht des Spezifikationskaufs (§ 375 HGB), der Rücktritt (§ 355 BGB), das Bestimmungsrecht nach den §§ 315 ff BGB. Für das gesetzliche wie das vertragliche Rücktrittsrecht hat sich in der Rechtsprechung der Grundsatz ausgebildet, daß es untergeht, wenn seine Ausübung wider Treu und Glauben verzögert wird (RG 88, 143; 91, 108; 107, 108; RG in LZ 1913, Sp. 381).

[6]) So beim Wahlrecht des Gläubigers, beim Bestimmungsrecht des Spezifikationskaufs, beim Rücktritt.

[7]) z. B. das Widerrufsrecht des Schenkers (arg. e contrario aus § 533 BGB); das Recht zur Rücknahme der hinterlegten Sache (§ 376 Ziff 1 BGB). Auch da, wo das Gesetz den Verzicht nicht ausdrücklich vorsieht, wird er meist zulässig sein. So insbesondere im Obligationenrecht Gemeint ist hier stets nur der Verzicht nach Entstehung des Gestaltungsrechts. Zu unterscheiden hiervon sind die Fälle, in denen schon auf den Erwerb des Gestaltungsrechts verzichtet wird, ein Gestaltungsrecht also überhaupt nicht entsteht. So kann der Beauftragte im voraus auf das ordentliche Kündigungsrecht verzichten (§ 671 Abs. 3 BGB), der Auslobende auf die Widerruflichkeit (§ 658 BGB).

[8]) Nicht verzichtet werden kann z. B. auf das Kündigungsrecht des Mieters im Falle des § 544 BGB, das Widerrufsrecht des Auftraggebers (RG 53, 418).

[9]) Ebenso: Oertmann Bem. 2 zu § 397; Walsmann, Verzicht S. 198, 237 ff. — a. A. Staudinger, Anm. I 1 a zu § 397; RGR-Komm. Bem 1 zu § 397; Lang, Aufrechnungsrecht S. 73 f; RG 110, 418; 114, 158 (für das Vorkaufsrecht). Ausnahmsweise sieht auch die herrschende Meinung einen einseitigen Verzicht für ausreichend an. Der Verzicht auf das Widerrufsrecht

sein, wenn seine Wirkung über die einer Nichtausübung hinausgeht[10]).

In einigen Fällen sieht das Gesetz statt oder neben dem Verzicht Formen vor, die diesem verwandt sind, so z. B. die Bestätigung[11]) und die Verzeihung[12]).

Der Verzicht braucht, ebenso wie die Bestätigung und Verzeihung, nicht ausdrücklich erklärt zu werden, sondern kann sich auch aus schlüssigem (concludentem) Verhalten des Berechtigten ergeben[13]).

4. Die Gestaltungsrechte können weiterhin durch Gründe erlöschen, die man als „tatsächliche und rechtliche Vorgänge" bezeichnen kann.

Zu den „tatsächlichen Vorgängen" gehört insbesondere der Tod des Berechtigten in den Fällen, in denen das Gestaltungsrecht unvererb-

---

des Schenkers bedarf, wie allgemein anerkannt ist, nicht der Annahme, obgleich sich auch hier aus dem Gesetz nichts für die Einseitigkeit des Verzichts ergibt. (Staudinger, Anm. 1 zu § 533; RGR-Komm. Bem. 1 zu § 533; Warneyer Anm. zu § 533; Fischer-Henle Bem. 2 zu § 533) Ebenso wird ein einseitiger Verzicht auf die Einrede der Verjährung für zulässig erachtet. (RG 78, 131; Staudinger, Anm. 3 zu § 225; RGR-Komm. Bem. 1 zu § 397)

Auf die sich nach Ausübung des Gestaltungsrechts ergebenden Rechte kann im Gebiete der Schuldverhältnisse natürlich nicht einseitig verzichtet werden.

[10]) Nicht einseitig verzichtet werden kann z. B auf das Wahlrecht der Alternativobligation, das Bestimmungsrecht des Spezifikationskaufs (§ 375 HGB), das Bestimmungsrecht des § 315 BGB: In allen diesen Fällen beschränkt sich auch die Wirkung der Nichtausübung nicht auf ein Erlöschen des Gestaltungsrechts, sondern es treten besondere Rechtsfolgen ein, z. B. Übergang des Rechts auf den Gegner, Entscheidung durch Urteil, usw. Beim Bestimmungsrecht des Spezifikationskaufs zeigt sich die Unzulässigkeit eines einseitigen Verzichts schon daraus, daß der Käufer nach § 375 HGB nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht zur Spezifikation hat.

[11]) Die Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts ist, im Gegensatz zum Verzicht, ein nichtempfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. (Staudinger, Anm. 4 zu § 144, RGR-Komm. Bem. 1 zu § 144; RG 68, 399 ff.)

[12]) Die Verzeihung ist kein Rechtsgeschäft, sondern ein tatsächlicher Vorgang (RG 105, 107). Durch Verzeihung erlöschen das Widerrufsrecht des Schenkers (§ 532 BGB), das Recht zur Entziehung des Pflichtteils (§ 2337 BGB).

Dem Verzicht verwandt ist weiter die „Anerkennung" der Ehelichkeit eines Kindes, da sie das Anfechtungsrecht erlöschen läßt. (§ 1598 Abs. 1 BGB; Seckel S. 230)

[13]) Staudinger, Anm. I 3 zu § 397; RGR-Komm. Bem. 1 zu § 397; Warneyer Anm. II zu § 397; Walsmann, Verzicht S. 202 ff. Als Verzicht auf das Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde wird es in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte z. B. angesehen, wenn der Arbeitgeber den Vertrag nicht nach angemessener Überlegungsfrist fristlos kündigt. (RAG in Bensh. Bd. 2, 141; Bd. 4, 161; Bd. 9, 543; RAG in J. W. 1932, 69) Ein Verzicht auf das Aufrechnungsrecht wird anzunehmen sein, wenn der Berechtigte in Kenntnis seines Aufrechnungsrechts zahlt oder Widerklage erhebt (Staudinger Anm. II 3 zu § 387).

lich ist[14]). Auch der Tod des Gestaltungsgegners führt manchmal den Untergang des Gestaltungsrechts herbei[15]).

Ein besonders im Obligationenrecht häufiger Erlöschensgrund ist der Untergang der Sache oder Leistung. Meist genügt zum Erlöschen des Gestaltungsrechts der zufällige Untergang, manchmal ist Verschulden des einen Teils erforderlich[16]).

Ebenso zahlreich sind die „rechtlichen" Vorgänge, die zum Untergang des Gestaltungsrechts führen können. Das Erlöschen kann hier dadurch eintreten, daß die Parteien eine Vereinbarung treffen, die die gleiche Wirkung äußert wie die Ausübung des Gestaltungsrechts[17]). Oder dadurch, daß das Vertragsverhältnis durch Erfüllung oder auf andere Weise endet[18]).

Stehen dem Berechtigten mehrere Gestaltungsrechte zu, so erlöschen durch die Ausübung des mit der stärksten Wirkung ausgestatteten Gestaltungsrechts auch die übrigen. Durch die Ausübung des schwächeren Rechts tritt diese Wirkung dagegen nicht immer ein[19]).

---

[14]) Auf diese Weise erlöschen z. B. das Widerrufsrecht des Schenkers (abgesehen von den im § 530 Abs. 2 BGB angeführten Ausnahmen), das Vorkaufsrecht (§ 514 BGB), das Eheanfechtungsrecht (§ 1338 BGB), das Recht auf Entziehung des Pflichtteils.

[15]) So beim Widerrufsrecht des Schenkers (§ 532 BGB).

[16]) Ohne Rücksicht auf Verschulden eines Teils erlöschen: Das Vorkaufsrecht, das Kündigungsrecht des Miet- oder Pachtvertrages, wenn die Sache oder das Recht untergehen. Nur bei zufälligem oder durch den Berechtigten verschuldetem Untergang erlöschen: Das Wahlrecht, wenn von zwei Leistungen die eine unmöglich geworden ist (§ 265 BGB. Ist dagegen die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich geworden, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat, so bleibt das Wahlrecht bestehen; ebenso erfährt es nur eine Einschränkung, erlischt aber nicht, wenn im Falle des Satz 1 des § 265 noch zwischen zwei oder mehr Leistungen gewählt werden kann); das Wiederkaufsrecht (§ 498 BGB; ebenso Staudinger Anm. 3 a zu § 489; im Falle des § 499 erlischt das Wiederkaufsrecht dagegen auch dann nicht, wenn die Verfügung über den Kaufgegenstand ohne Verschulden des Wiederverkäufers erfolgt ist. Staudinger Anm. 1 zu § 499). Das Rücktrittsrecht erlischt, wenn der von dem Berechtigten empfangene Gegenstand durch sein Verschulden nicht zurückgegeben werden kann, bleibt dagegen bestehen, wenn er durch Zufall untergegangen ist (§§ 350-353 BGB).

[17]) Wird der Miet- oder Pachtvertrag durch Vereinbarung aufgehoben, so erlischt das Kündigungsrecht. Gibt der Beschenkte auf Grund einer Vereinbarung mit dem Schenker die geschenkte Sache zurück, so erlischt das Widerrufsrecht.

[18]) Das Kündigungs- und Widerrufsrecht geht unter, wenn der Auftrag ausgeführt ist. Das Kündigungsrecht beim Dienstvertrag erlischt, wenn das Dienstverhältnis z. B. durch Tod des Dienstverpflichteten endet. Das Aufrechnungsrecht erlischt, wenn der Gegner zahlt.

[19]) Kann z. B der Dienstberechtigte einen Vertrag sowohl fristgerecht wie fristlos kündigen, so geht durch die Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts das außerordentliche solange nicht unter, als das Vertragsverhältnis noch besteht. Häufig wird freilich in der fristgemäßen Kündigung ein Verzicht auf das außerordentliche Kündigungsrecht liegen.

5. Manche Gestaltungsrechte gehen auch durch „Handeln des Gestaltungsgegners oder eines Dritten“ unter. Vielfach ist dem Gestaltungsgegner allerdings eine Einwirkung auf das Gestaltungsrecht nicht möglich. Die Ausübung des Anfechtungs- oder Rücktrittsrechts kann der Gestaltungsgegner — außer durch Gewalt — nicht hindern. Es gibt aber auch Gestaltungsrechte, deren Erlöschen durch eine — rechtmäßige — Handlung des Gestaltungsgegners eintritt[20]). Als eine Einwirkung auf das Gestaltungsrecht kann es auch angesehen werden, wenn der Gestaltungsgegner berechtigt ist, eine Frist zur Ausübung des Rechts zu setzen[21]). Hier führt diese Handlung zwar nicht unmittelbar zum Untergang des Rechts, bereitet ihn aber vor. Auch durch rechtswidriges Verhalten des Gestaltungsgegners kann das Gestaltungsrecht — jedenfalls mittelbar — untergehen, so z. B. wenn der Mieter die Sache unterschlägt oder schuldhaft vernichtet.

---

[20]) Das Widerrufsrecht des Auslobenden erlischt durch Vornahme der Handlung (§ 658 BGB), das des Anweisenden, wenn der Angewiesene die Anweisung angenommen oder die Leistung bewirkt hat (§ 790 BGB). Das Widerrufsrecht nach §§ 109, 178 BGB erlischt durch Genehmigung seitens des gesetzlichen Vertreters oder des Vertretenen.

[21]) Vgl. die in Anm. 6 angeführten Beispiele.

Zweiter Teil:
Die Übertragung der Gestaltungsrechte.

§ 9
Die gesetzlichen Grundlagen für die Übertragung der Gestaltungsrechte.

Über die Übertragung von Rechten bestimmt § 413 BGB:

> „Die Vorschriften über die Übertragung von Forderungen finden auf die Übertragung anderer Rechte entsprechende Anwendung, soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt."

Diese Bestimmung gilt, wie allgemein anerkannt ist, auch für die Übertragung der Gestaltungsrechte[1]). Es finden also auf sie die Vorschriften der § § 398 ff BGB Anwendung. Daraus folgt zunächst, daß jedes Gestaltungsrecht, „soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt", übertragbar ist und daß es zur Übertragung lediglich eines formlosen Vertrages bedarf.

Die Vorschrift des § 413 BGB bildet jedoch nur scheinbar die Regel für die Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte; in Wirklichkeit ist sie nur ausnahmsweise anwendbar.

Ausdrücklich ausgeschlossen ist allerdings die Übertragbarkeit eines Gestaltungsrechts nur ganz selten[2]). Auch aus den Bestimmungen der durch § 413 BGB ebenfalls für anwendbar erklärten § § 399, 400 läßt sich nichts gegen die Übertragung der Gestaltungsrechte herleiten. § 399 BGB paßt in seinem ersten, sich auf die Veränderung des Leistungsinhalts beziehenden Teil überhaupt nicht auf die Gestaltungsrechte. Bei diesen hat ja der Gestaltungsgegner nichts zu „leisten", da die Rechtsänderung durch einseitige Erklärung des Berechtigten eintritt. Eine Leistungspflicht des Schuldners kann höchstens dadurch entstehen, daß sich durch die Ausübung des Gestaltungsrechts neue Beziehungen ergeben, und selbst dies ist nicht immer der Fall[3]). Die Vorschrift des § 400

[1]) Staudinger Anm. II 2 zu § 413; Oertmann Bem. 1 zu § 413; Warneyer Anm zu § 413; Bergk, Übertragung S. 27; Seckel S. 220.

[2]) So für die Übertragung des Vorkaufsrechts im § 514 BGB.

[3]) Der Widerruf der Stiftung oder Auslobung begründet keine Leistungspflicht des Gestaltungsgegners, sondern beseitigt die Verpflichtung des Berechtigten.

BGB ist deshalb ohne erhebliche Bedeutung, weil die Unpfändbarkeit eines Gestaltungsrechts, soweit ich sehe, nur in einem einzigen Falle, nämlich für das Recht zur Rücknahme der hinterlegten Sache (§ 377 BGB), im Gesetz vorgesehen ist.

Die Frage nach der Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte läßt sich somit unmittelbar aus dem Gesetz nicht beantworten. Die Einschränkung des § 413, „soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt", ist aber auch gar nicht dahin zu verstehen, daß Ausnahmen von der unbeschränkten Übertragbarkeit der Rechte ausdrücklich vorgeschrieben sein müssen. „Ein anderes" kann sich auch aus dem System des Gesetzes ergeben[4]). Es muß deshalb bei den Gestaltungsrechten in jedem einzelnen Falle untersucht werden, ob nicht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen herzuleitende Sondervorschriften bestehen, die die Übertragbarkeit ausschließen oder beschränken. Nur wenn solche fehlen, gilt der Grundsatz des § 413 BGB. Welche Sondervorschriften bei den Gestaltungsrechten in Betracht kommen, und welchen Einfluß sie auf die Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte haben, wird im folgenden zu untersuchen sein.

§ 10

Die Übertragung der selbständigen Gestaltungsrechte.

Wie oben (§ 6) bereits bemerkt wurde, muß man bei den Gestaltungsrechten zwei Gruppen unterscheiden: die selbständigen und unselbständigen Gestaltungsrechte. Diese sind mit andern Rechten oder mit Passivstellungen verknüpft, jene nicht. Diese Verschiedenheit der Gestaltungsrechte kann bei der vorliegenden Untersuchung nicht unberücksichtigt bleiben. Daß die akzessorische Natur mancher Rechte auf ihre Übertragbarkeit von wesentlichem Einfluß ist, ergibt sich insbesondere aus § 401 BGB. Hypotheken, Pfandrechte und Bürgschaften gehen auch ohne ausdrückliche Erklärung auf den Zessionar über; ja, sie können nicht ohne die Forderung übertragen werden und erlöschen, von Ausnahmen abgesehen, wenn nur der gesicherte Anspruch abgetreten wird[1]). Da die Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte davon abhängt, daß keine die Anwendung des § 413 BGB ausschließenden Sondervorschriften bestehen, so muß auch untersucht werden, welchen Einfluß die

[4]) Staudinger, Anm. II zu § 413.

[1]) Bei der Hypothek (ausgenommen der Höchstbetragshypothek, § 1190 Abs. 4 BGB, und der Hypothek für Zinsrückstände, § 1159 Abs. 1 BGB) ist eine Loslösung der gesicherten Forderung überhaupt unzulässig (§ 1153 Abs. 2 BGB). Das Pfandrecht erlischt, wenn nur die Forderung abgetreten wird. (§ 1250 Abs. 1 S. 2 BGB) Bei der Bürgschaft fehlt zwar eine entsprechende Vorschrift, doch nimmt die herrschende Meinung auch hier ein Erlöschen der Bürgschaft an, wenn bei Abtretung der Hauptforderung der Übergang der Bürgschaft ausgeschlossen wird (Lit. bei Staudinger, Anm. I 3 zu § 401).

Unselbständigkeit der Gestaltungsrechte auf ihre Übertragbarkeit hat. Bei den selbständigen Gestaltungsrechten kann diesem Moment dagegen keine Bedeutung zukommen. Das läßt es notwendig erscheinen, beide Arten der Gestaltungsrechte gesondert zu betrachten.

Die selbständigen Gestaltungsrechte, deren Zahl gering ist, sind nicht übertragbar, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist. Ausgeschlossen ist nach § 514 BGB die Übertragbarkeit des Vorkaufsrechts. Die Parteien können jedoch die Übertragbarkeit vereinbaren; in diesem Fall kann das Gestaltungsrecht durch formlosen Vertrag übertragen werden. Der Form des § 313 BGB bedarf es auch bei der Übertragung des Vorkaufsrechts für ein Grundstück nicht[2]).

Durch § 377 BGB ist das Recht zur Rücknahme der hinterlegten Sache für unpfändbar erklärt. Es kann infolgedessen auch nicht übertragen werden (§ 400 BGB in Verbindung mit § 413 BGB)[3]). Nicht übertragbar sind weiterhin die Gestaltungsrechte, die höchst persönlicher Natur sind. Höchstpersönliche Rechte können niemals übertragen werden[4]). Hierher gehören z. B. das Recht zur Entziehung des Pflichtteils und — meist — das im § 317 BGB vorgesehene Recht eines Dritten, die Leistung zu bestimmen[5]). Ein höchstpersönliches Recht ist ferner das Anfechtungsrecht des Konkursverwalters[6]).

Liegt keine dieser Ausnahmen vor, so kann das (selbständige) Gestaltungsrecht übertragen werden[7]).

---

[2]) Staudinger, Anm. A I 3 a zu § 313; Warneyer, Anm. I a. E. zu § 313.

[3]) Das ist trotz der klaren Vorschriften der §§ 377, 400 BGB nicht unbestritten. Gegen die oben vertretene Ansicht wird geltend gemacht, daß das Pfändungsverbot nur im Interesse des Schuldners erlassen sei, dieser Grund somit bei einer Übertragung, die ja nur von ihm selbst vorgenommen werden könnte, nicht durchgreife. Die Unpfändbarkeit ist aber auch im Interesse des Gläubigers bestimmt. Es ist ein nicht unwesentlicher Unterschied, ob das Annahmerecht des Gläubigers bereits durch Übertragung des Rücknahmerechts, oder erst durch die Rücknahmeerklärung untergeht. Wie hier: Staudinger Anm. I 2 zu § 377; RGR-Komm. Bem. 1 zu § 377; Oertmann Bem. 1 zu § 377; Warneyer Anm. zu § 377; Enneccerus I 2 § 290 I 4. — a. A. die bei Staudinger Zitierten.

[4]) vgl. Staudinger Anm. I 1 zu § 399; RGR-Komm. Bem. 4 zu § 399.

[5]) Staudinger Anm. 1 zu § 318. Ausnahmsweise kann auch das Bestimmungsrecht des Dritten übertragen werden, so z. B. wenn vereinbart ist, daß die Bestimmung der Leistung durch den Präsidenten der Industrie- und Handelskammer oder durch ein von ihm zu benennendes Mitglied erfolgen soll.

[6]) RG 30, 72; RG in JW 1909, 657 Nr. 8; Sydow-Busch-Krieg Bem. 5 zu § 29 K. O.

[7]) Übertragbar ist das Wiederkaufsrecht (Staudinger Anm. 3 zu § 497; Oertmann Bem. 4 zu § 497; Planck Bem. 3 zu § 497; Seckel S. 221; RGR-Komm. Bem. 1 zu § 497; Fischer-Henle Bem. 2 zu § 497). — Daß das Wiederkaufsrecht zu den Gestaltungsrechten gehört, ist freilich nicht unbestritten, jetzt aber wohl herrschende Meinung. Über die verschiedenen Konstruktionen vgl. Staudinger, Vorbem. I 3 vor § 497.

§ 11

Die Übertragung der unselbständigen Gestaltungsrechte.

Allgemeine Regeln für die Übertragung der unselbständigen Gestaltungsrechte sind bisher, soweit ich sehe, in der Rechtslehre nicht aufgestellt worden[1]). Man hat sich vielmehr darauf beschränkt, nur einzelne Gestaltungsrechte, insbesondere Rücktritts- und Anfechtungsrecht, auf ihre Übertragbarkeit hin zu untersuchen. Und auch hierbei wird meist noch unterschieden, in welchem Umfange das Schuldverhältnis zur Zeit der Übertragung bereits erfüllt ist[2]). Daß eine solche kasuistische Behandlung schon deshalb wenig fruchtbar sein kann, weil sich die in Betracht kommenden Fälle gar nicht in ihrer Mannigfaltigkeit übersehen lassen, bedarf keiner näheren Begründung. Es soll deshalb hier der Versuch unternommen werden, einheitliche Regeln für die Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte aufzustellen.

1. Die unselbständigen Gestaltungsrechte sind, wie bereits mehrfach bemerkt wurde, mit anderen Rechten oder mit Passivstellungen des Gestaltungsberechtigten verknüpft. Das Gestaltungsrecht soll hier dazu dienen, die Rechte und Verpflichtungen, zu denen es in Beziehung steht, zu beeinflussen. Dabei überläßt es die Rechtsordnung dem Willen des Berechtigten, ob er die durch das Gestaltungsrecht zu schaffende Rechtsänderung herbeiführen will oder nicht. Dieser Zweck des Gestaltungsrechts darf auch durch seine Übertragung nicht verloren gehen. Die durch das Recht gewährte Macht, rechtsgestaltende Wirkungen herbeizuführen, kann deshalb nicht auf den übergehen, der selbst in keiner Beziehung zu den Rechten und Verpflichtungen steht, mit denen das Gestaltungsrecht verknüpft ist. Ein derart losgelöstes Gestaltungsrecht würde nicht die Rechtsstellung des Ausübenden, sondern die des ursprünglich Berechtigten ändern und damit einen Erfolg hervorrufen, der mit dem Wesen und Zweck des Rechts nicht vereinbar wäre. Daraus folgt zunächst, daß das unselbständige Gestaltungsrecht niemals für sich allein übertragen werden kann[3]).

2. Damit ist aber die Frage nach der Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte erst nach der negativen Seite hin beantwortet. Aus der Unzulässigkeit einer selbständigen Übertragung kann nicht der Schluß gezogen werden, daß die Gestaltungsrechte überhaupt nicht übertragbar sind. Sie sind insbesondere nicht etwa sämtlich höchstpersönliche Rechte in dem

---

[1]) Wenn im folgenden schlechthin von „Gestaltungsrechten“ gesprochen wird, so sind damit stets die unselbständigen gemeint.

[2]) In dieser Weise untersucht Seckel S. 221 ff die Übertragbarkeit des Rücktritts- und Anfechtungsrechts. Vgl. unten die §§ 12 und 13.

[3]) Ebenso: Seckel S. 221; Staudinger, Anm. II 2 b zu § 413; Bergk, Übertragung S. 38.

Sinne, daß das Recht an die Person des bei seiner Entstehung vorhandenen Berechtigten gebunden ist. Freilich wird es nicht ohne Bedeutung sein, wem das Gestaltungsrecht, dessen Ausübung ja vom Belieben des Berechtigten abhängt, zusteht. Persönliche Momente werden gerade bei der Ausübung des Gestaltungsrechts eine gewisse Rolle spielen. Der gleiche Einwand ließe sich aber gegen jede Zession erheben, denn auch bei der Abtretung von Forderungen besteht die Möglichkeit, daß beispielsweise der Zessionar die Einziehung rigoroser betreibt, als es der Zedent getan hätte. Das Gesetz hat jedoch diesem Umstand keine Bedeutung beigemessen[4]). Das rechtfertigt die Annahme, daß für die Gestaltungsrechte hinsichtlich der Frage, ob sie höchstpersönlicher Natur sind, nichts anderes gilt als für alle andern Rechte. Es wird sich sogar unten noch zeigen, daß der Begriff der höchstpersönlichen Rechte für die unselbständigen Gestaltungsrechte vollständig entbehrlich ist.

Ergeben sich somit in dieser Hinsicht keine Anhaltspunkte gegen die Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte, so kann diese nicht schlechthin unzulässig sein. Wenn das Gestaltungsrecht auch von den Rechten und Passivstellungen, zu denen es in Beziehung steht, nicht losgelöst werden darf, so muß die Übertragung doch andererseits dann gestattet sein, wenn gleichzeitig die mit dem Gestaltungsrecht verknüpften Rechte oder Verpflichtungen auf den neuen Berechtigten übergehen. In diesem Falle bestehen die Bedenken, die gegen eine selbständige Übertragung des Rechts sprechen, nicht. Die Ausübung des Rechts erfolgt dann durch den, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eintritt.

Das Gestaltungsrecht kann daher zusammen mit den Rechten oder Verpflichtungen übertragen werden, mit denen es verknüpft ist.

Dies bedarf noch einer Ergänzung und näheren Erläuterung. Zu welchen Rechten oder Verpflichtungen das Gestaltungsrecht in Beziehung steht, läßt sich nur jeweils im Einzelfalle feststellen und wird namentlich bei gegenseitigen Verträgen nicht immer unzweifelhaft sein. Das Gestaltungsrecht kann verknüpft sein mit dem Anspruch auf eine Leistung. Das ist z. B. der Fall bei dem Wahlrecht des Gläubigers einer Alternativobligation, dem Bestimmungsrecht des Spezifikationskaufs, dem Anfechtungsrecht nach dem Anfechtungsgesetz. Es kann ferner gleichzeitig mit dem Anspruch auf eine Leistung und der Verpflichtung zu einer solchen verbunden sein, so z. B. beim Aufrechnungsrecht. Oder lediglich mit einer Verpflichtung, so beim Wahlrecht des Schuldners. Das Gestaltungsrecht kann auch mit dem Vertragsverhältnis als solchem verknüpft sein. Hierher gehören das vertragliche Rücktritts- und Anfechtungsrecht. Nun kennt

[4]) RG in Warn. E. 1919 Nr. 137 S. 210; Staudinger, Anm. I 1 zu § 399; RGR-Komm. Bem. 2 zu § 399.

das BGB allerdings nur die Übertragung einzelner Rechte und Verpflichtungen, nicht die Übertragung ganzer Schuldverhältnisse[5]). Dies hindert jedoch die Übertragung auch solcher Gestaltungsrechte nicht, die mit dem Rechtsverhältnis selbst verbunden sind. Es genügt dann bereits, daß auf den neuen Gläubiger alle Rechte und Verpflichtungen übergehen, damit das Gestaltungsrecht übertragen werden kann. Dabei wird — bei gegenseitigen Verträgen — nicht immer erforderlich sein, daß der neue Berechtigte rechtlich (durch Schuldübernahme) die Verpflichtungen seines Rechtsvorgängers übernimmt, sondern es wird schon ausreichen, wenn er tatsächlich die Passivstellung des Gestaltungsberechtigten erlangt. Das Gestaltungsrecht in gegenseitigen Verträgen kann schließlich auch nur zu der für den Vertrag typischen Leistung in Beziehung stehen, indem es dazu dient, diese zu gestalten; so steht das Kündigungsrecht des Mietvertrages zu der Mietsache, das des Dienstvertrages zu der Dienstleistung in Beziehung, und nicht zu dem Vertrage als solchem. Die Wirkung der Ausübung ist hier freilich eine weitergehendere, da die Kündigung den ganzen Vertrag aufhebt. Für die Frage, zu welchen Rechten usw. das Gestaltungsrecht in Beziehung steht, kommt es aber nicht darauf an, welche Wirkung die Ausübung des Rechts hat, sondern welcher Hauptzweck durch die Rechtsgestaltung erreicht werden soll. Das Gestaltungsrecht kann deshalb nicht nur mit Rechten und Verpflichtungen verknüpft sein, sondern auch zu einer Sache, einem Vertragsverhältnis usw. in Beziehung stehen.

Die Übertragung des Gestaltungsrechts braucht natürlich nicht gleichzeitig mit den Rechten und Pflichten, mit denen es verknüpft ist, erfolgen, sondern kann auch erst nachträglich vorgenommen werden.

3. Damit die Gestaltungsrechte übertragen werden können, ist Voraussetzung, daß die mit ihnen verknüpften Rechte usw. übertragbar sind. Ist deren Übertragung unzulässig, so ist auch das Gestaltungsrecht nicht übertragbar. Steht z. B. das Gestaltungsrecht zu einer Leistung in Beziehung, die höchstpersönlicher Natur ist, oder zu einer Verpflichtung, die nicht durch Schuldübernahme übernommen werden kann, so ist seine Übertragung ausgeschlossen. Deshalb sind insbesondere die im Familien- und Erbrecht vorkommenden, unselbständigen Gestaltungsrechte nicht übertragbar. Gleiches gilt für das Widerrufsrecht des Stiftungsgeschäfts und der Auslobung. In diesen beiden Fällen steht das Gestaltungsrecht in Beziehung zu einseitigen Rechtsgeschäften. Die sich aus ihnen ergebenden Verpflichtungen können nicht durch Schuldübernahme von einem andern übernommen werden, da die Vorschriften der

---

[5]) Staudinger, Einl. I 1 vor § 398; Oertmann, Vorbem. 7 vor § 398; Enneccerus I 2 § 302 II 1; RG in LZ 1927, 1209 und die herrschende Meinung; a. A. v. Tuhr I S. 220 ff.

§§ 414, 415 BGB infolge Fehlens eines Gläubigers unanwendbar sind. (Ist aber erst durch Genehmigung der Stiftung oder Vornahme der Handlung ein Gläubiger vorhanden, so erlischt wiederum das Gestaltungsrecht). Die Vereinbarung einer Erfüllungsübernahme genügt bei einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäften nicht zur Übertragung des Gestaltungsrechts. Infolgedessen sind diese Widerrufsrechte nicht übertragbar. Ebenso ist das Kündigungsrecht des Beauftragten regelmäßig nicht übertragbar, da dieser die Ausführung des Auftrags im Zweifel nicht einem Dritten übertragen darf (vgl. § 664 Abs. 1 S. 1 BGB) [6]).

Ob das Gestaltungsrecht etwa selbst als höchstpersönliches Recht angesehen werden könnte, ist somit unerheblich. Auch wenn es in abstracto nicht höchstpersönlicher Natur ist, kann es in concreto unübertragbar sein, sofern die mit ihm verknüpften Rechte und Passivstellungen ganz oder zum wesentlichen Teil an die Person des Gestaltungsberechtigten gebunden sind.

4. Verschieden von der Frage, wann das Gestaltungsrecht übertragen werden kann, ist die weitere, ob es auch ipso iure auf den neuen Gläubiger oder Schuldner der mit ihm verbundenen Rechte oder Pflichten übergeht. Daß letztere übertragen bezw. übernommen werden, reicht nicht aus, um in jedem Falle einen ipso iure - Übergang des Gestaltungsrechts herbeizuführen. Nur dann geht das Gestaltungsrecht ohne weiteres auf den neuen Gläubiger oder Schuldner über, wenn dieser vollständig in die Rechts- oder Passivstellung des Gestaltungsberechtigten eintritt. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist aber nicht danach zu beurteilen, zu welchen Rechten oder Verpflichtungen das Gestaltungsrecht in Beziehung steht. Sonst würde jedes Gestaltungsrecht ipso iure auf den neuen Gläubiger oder Schuldner übergehen. Damit von einem Eintritt in die Rechts- oder Passivstellung des ursprünglich Berechtigten gesprochen werden kann, ist es notwendig, daß die Wirkungen der Ausübung lediglich den Rechtsnachfolger treffen. Daß das Gestaltungsrecht zu einer für den Vertrag typischen Leistung in Beziehung steht, genügt also bei den gegenseitigen Verträgen, z. B. dem Mietvertrag, zu einem ipso iure - Übergang nicht, vielmehr muß der Rechtsnachfolger so vollständig in die Rechtsstellung des einen Vertragsteils eintreten, daß nur ihn die Wirkungen der Rechtsgestaltung treffen. Da das Gesetz, wie schon bemerkt, von Ausnahmen abgesehen, den Eintritt in ein Schuldverhältnis nicht vorsieht, werden die zu dem Rechtsverhältnis als solchem in Beziehung stehenden Gestaltungsrechte in der Regel nicht von selbst auf einen andern übergehen. Das gilt insbesondere für die Anfechtung und das Rücktrittsrecht. Andererseits liegt ein Eintritt in die Rechtsstellung des Berechtigten schon dann vor, wenn zwar

---

[6]) Über das Kündigungsrecht des Dienst- und Mietvertrages s. unten § 14 I.

nur einzelne Rechte übertragen werden, die Wirkung der Rechtsgestaltung sich aber lediglich auf sie beschränkt. So gehen das Wahlrecht des Gläubigers und das Bestimmungsrecht des Spezifikationskaufs mit Abtretung des Anspruchs auf die wahlweise geschuldete Leistung oder die zu spezifizierende Kaufsache ipso iure auf den Zessionar über, da dieser hinsichtlich des Wahl- oder Bestimmungsrechts vollständig in die Rechtsstellung des Zedenten eintritt[7]). Das Kündigungsrecht des Darlehnsvertrages geht mit Abtretung der Darlehnsforderung, das des Gesellschaftsvertrages mit Übertragung des Gesellschaftsanteils (sofern diese entgegen § 719 BGB zugelassen ist) auf den Zessionar über. Bei Übernahme der Verpflichtung aus dem Darlehnsvertrage auf Gewährung eines Darlehns geht ipso iure das Widerrufsrecht des § 610 BGB auf den neuen Schuldner über[8]). Ebenso geht das auf dem Anf. Ges. beruhende Anfechtungsrecht mit Abtretung der Forderung, für die es besteht, auf den Zessionar über[9]).

5. Geht das Gestaltungsrecht weder ipso iure noch durch Vereinbarung auf den Zessionar oder Schuldübernehmer über, so verbleibt es dem ursprünglich Berechtigten. Dieser kann es selbst dann noch ausüben, wenn dadurch die dem neuen Gläubiger übertragenen Rechte vernichtet werden[10]).

6. Zusammengefaßt ergibt sich somit für die Übertragung der unselbständigen Gestaltungsrechte:

---

[7]) Im Ergebnis ebenso: Staudinger, Anm. II 2 b zu § 413; Oertmann, Bem. 1 g α, α α zu § 399; v. Tuhr I § 12 S. 226; Planck, Bem. 1 b zu § 399; wohl auch Seckel S. 221.

[8]) Wird die Darlehnsforderung nur teilweise abgetreten, die Verpflichtung aus dem Darlehnsvertrage nur teilweise übernommen, so gehen Kündigungs- und Widerrufsrecht nur teilweise über. Ist der Gesellschaftsanteil nicht übertragbar, so kann auch das Kündigungsrecht nicht übertragen werden.

[9]) Ebenso: RG 39, 14; RG in Gruchot Bd. 55, 1068; Staudinger Vorbem. I 2 e vor § 398; Sydow-Busch-Krieg, Bem. 6 zu § 1 Anf. Ges.

[10]) a. A. Staudinger, Anm. 1 b β zu § 413, der annimmt, daß das Anfechtungsrecht erlischt, wenn nur das Hauptrecht übertragen wird. Richtig ist freilich, daß nach der im Text vertretenen Ansicht der ursprüngliche Gläubiger die Möglichkeit hat, die bereits abgetretenen Ansprüche zu vernichten. Aber diese Gefahr besteht für den Zessionar auch in andern Fällen, z. B. wenn ihm der Anspruch auf künftige Mietzinsen zediert wird und die Parteien dann die Aufhebung des Mietvertrages vereinbaren. Daß sie hierzu nicht der Zustimmung des Zessionars bedürfen, ist allgemein anerkannt. Die Annahme, daß das Anfechtungsrecht erlösche, führt überdies erst recht zu einem unbefriedigenden Ergebnis. Hat z. B. der Käufer seine Ansprüche aus dem wegen arglistiger Täuschung anfechtbarem Vertrage in Unkenntnis des Anfechtungsrechts abgetreten, so ist nicht einzusehen, warum das Anfechtungsrecht untergehen und der Verkäufer sich auf Kosten des Getäuschten bereichern soll. Hatte freilich der Anfechtungsberechtigte von seinem Anfechtungsrecht bereits Kenntnis, so wird in der Abtretung der Ansprüche in der Regel ein Verzicht auf das Gestaltungsrecht zu erblicken sein.

a) Das Gestaltungsrecht kann nicht für sich allein übertragen werden.

b) Es kann jedoch zusammen mit den Rechten, Verpflichtungen und sonstigen Rechtsbeziehungen, mit denen es verknüpft ist, übertragen werden.

c) Das Gestaltungsrecht geht ipso iure auf den Zessionar über, wenn dieser vollständig in die Rechts- oder Passivstellung des ursprünglich Berechtigten eintritt.

d) Wird das Gestaltungsrecht nicht übertragen, so verbleibt es dem ursprünglich Berechtigten.

§ 12

Die Übertragung des Anfechtungsrechts.

An Hand der oben gefundenen allgemeinen Ergebnisse sollen nunmehr einige der wichtigsten Gestaltungsrechte noch genauer auf ihre Übertragbarkeit hin untersucht werden, und zwar zunächst das Anfechtungsrecht nach den §§ 119, 123 BGB[1]).

Die Ansichten über die Übertragbarkeit des Anfechtungsrechts gehen in der Rechtslehre erheblich auseinander. Siber (Planck-Siber Bem. 1 b zu § 399) rechnet es zu den nicht übertragbaren Rechten; der Berechtigte könne einem andern nur unwiderrufliche Vollmacht zur Ausübung des Rechts erteilen[2]). Demgegenüber soll nach Ansicht Oertmanns (Bem. 1 g, α, δδ zu § 399) das Anfechtungsrecht ohne weiteres auf den übergehen, der durch Rechtsnachfolge in die durch den anfechtbaren Rechtsakt beeinflußte Rechtslage gekommen ist. Staudinger (Bem. II 2 b β zu § 413) lehnt einen ipso iure-Übergang des Anfechtungsrechts ab, erklärt es aber für zulässig, daß das Gestaltungsrecht „mit dem Hauptrecht" übertragen werde. Seckel (S. 223 ff) unterscheidet zwischen ein- und zweiseitigen Verträgen, und innerhalb dieser, ob der Vertrag bereits erfüllt ist oder nicht. Für den einseitigen, noch nicht erfüllten Vertrag (z. B. ein Schenkungsversprechen) nimmt er an, daß mit Übernahme der Schuld das Gestaltungsrecht ipso iure auf den Übernehmer übergehe. Für den bereits erfüllten, einseitigen Vertrag läßt er eine Übertragung des Anfechtungsrechts zu, wenn zugleich der künf-

---

[1]) Die im Familien- und Erbrecht zahlreich vorkommenden Anfechtungsrechte (z B. Eheanfechtungsrecht, Recht zur Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes, Anfechtung des Testaments) sind sämtlich nicht übertragbar.

[2]) Ebenso v. Tuhr I § 12 S. 226 f; Warneyer Anm. I zu § 399.

tige Bereicherungsanspruch zediert wird. Beim zweiseitigen Vertrage verneint er dagegen einen ipso iure-Übergang des Anfechtungsrechts, sieht jedoch eine Übertragung des Rechts unter folgenden Voraussetzungen für zulässig an: Hat der Anfechtungsberechtigte erfüllt, der Gegner aber noch nicht, so kann das Anfechtungsrecht übertragen werden, wenn gleichzeitig die Kaufpreisforderung und der zukünftige, sich aus der Anfechtung ergebende Kondiktionsanspruch abgetreten wird. Hat nur der Anfechtungsgegner erfüllt, so kann das Gestaltungsrecht übertragen werden, wenn die Schuld des Berechtigten übernommen und zugleich eine Verpflichtung zur Rückgabe des empfangenen Gegenstandes eingegangen wird. Ist noch von keinem der Vertragschließenden erfüllt, so kann die Übertragung des Anfechtungsrechts mit Abtretung der Forderung und Übernahme der Schuld erfolgen. Haben beide Teile den Vertrag erfüllt, so setzt die Übertragung des Gestaltungsrechts voraus, daß der künftige Kondiktionsanspruch des Anfechtungsberechtigten abgetreten und dessen Rückgabeverpflichtung übernommen wird[3]).

Das Anfechtungsrecht gehört zu den unselbständigen Gestaltungsrechten[4]). Es kann deshalb niemals für sich allein übertragen werden. Seine Übertragung ist aber möglich zusammen mit den Beziehungen des Berechtigten, mit denen es verknüpft ist[5]). Das Anfechtungsrecht steht nicht zu den einzelnen Rechten oder Verpflichtungen in Beziehung, sondern zu dem Schuldverhältnis als solchem. Wird nur ein bestimmter Anspruch abgetreten, z. B. der Anspruch auf Lieferung der Kaufsache oder Zahlung des Kaufpreises, so kann das Anfechtungsrecht nicht mitübertragen werden[6]). Das Anfechtungsrecht dient dazu, das ganze Schuldverhältnis rückwirkend aufzuheben. Die Entscheidung darüber, ob das Rechtsverhältnis bestehen bleiben soll oder nicht, kann nicht dem überlassen werden, der nur Gläubiger eines einzelnen Anspruchs ist. Wollte man die Übertragung des Anfechtungsrechts in dem vorerwähnten Falle zulassen, so würde es damit von dem Schuldverhältnis losgelöst werden. Nur wenn sämtliche aus dem Schuldverhältnis erwachsende, gegenwärtige und zukünftige Ansprüche und Verpflichtungen auf einen andern übergehen, kann auch das

[3]) Im wesentlichen ebenso Fontheim, Anfechtungsrecht S. 71 ff, 80 ff.

[4]) Ebenso Fontheim, Anfechtungsrecht S. 82.

[5]) Daß das Anfechtungsrecht in abstracto kein höchstpersönliches Recht ist, folgt schon daraus, daß es nach herrschender Meinung vererblich und im Konkurse des Berechtigten in der Regel vom Konkursverwalter auszuüben ist.

[6]) Wenn Staudinger (Anm. II 2 b β zu § 413) meint, daß das Anfechtungsrecht „mit dem Hauptrecht" übertragen werden könne und als „Hauptrecht" schon den Anspruch auf die Kaufsache ansieht, so ist dem nicht zuzustimmen. Es ist nicht einzusehen, warum Hauptrecht eines gegenseitigen Vertrages gerade der Anspruch des Anfechtungsberechtigten sein soll. Wer anficht, will doch das ganze Schuldverhältnis beseitigen und nicht lediglich seinen eigenen Anspruch. Nur zu jenem steht deshalb das Gestaltungsrecht in Beziehung.

Anfechtungsrecht übertragen werden[7]). Denn damit wird die zu seiner Übertragung notwendige Voraussetzung, daß das Recht nicht von dem Schuldverhältnis gelöst werden darf, jedenfalls tatsächlich erreicht. Es genügt deshalb auch, wenn die Verpflichtungen des Anfechtungsberechtigten durch Erfüllungsübernahme auf den Zessionar übergehen. Hat der Anfechtungsgegner bereits geleistet, so muß der neue Berechtigte sich verpflichten, den Rückgewähranspruch des Gegners zu erfüllen. Bei nicht vertretbaren Sachen muß er in eine solche Beziehung zu der Sache treten, daß er sie dem Gegner herausgeben kann[8]).

In allen diesen Fällen geht aber das Gestaltungsrecht nicht ipso iure auf den neuen Gläubiger über[9]). Der neue Gläubiger und Schuldner tritt ja, da er nur Rechtsnachfolger hinsichtlich einzelner Ansprüche und Verpflichtungen ist, nicht in das Schuldverhältnis ein, er erlangt nicht

---

[7]) vgl. RG in Warn. E 1912 Nr. 67, wo die Übertragbarkeit des Anfechtungsrechts zwar dahingestellt bleibt, aber ausgeführt wird, daß sie jedenfalls nur zusammen mit der aus der Anfechtung entstehenden künftigen Forderung zulässig sei.

[8]) Die oben aufgestellten Grundsätze mögen trotz der gegen eine solche Kasuistik bestehenden Bedenken durch folgendes Beispiel erläutert werden:

Der Käufer A hat von dem Verkäufer B ein Pferd gekauft und ist von diesem beim Vertragsabschluß arglistig getäuscht worden.

1. A hat den Kaufspreis bezahlt, bevor er von der arglistigen Täuschung Kenntnis erlangte. Dann kann er sein Anfechtungsrecht an C übertragen, wenn er ihm sowohl den Anspruch auf Lieferung des Pferdes wie den auf Rückzahlung des Kaufpreises abtritt. Diese Zessionen müssen nicht gleichzeitig erfolgen; es genügt, wenn zunächst nur der Lieferungsanspruch zediert und erst später das Anfechtungsrecht nebst dem Bereicherungsanspruch übertragen wird.

Dieser Fall könnte z. B. praktisch werden, wenn A in Höhe des Kaufspreises eine Schuld bei C hat, ihm zu deren Tilgung den Lieferungsanspruch an Zahlungsstatt abtritt und dann erfährt, daß das Pferd arglistig verschwiegene Mängel aufweist, für die er dem C gemäß § 365 BGB haften würde.

2. A hat das Pferd bereits geliefert erhalten, den Kaufpreis aber noch nicht bezahlt. Er verkauft das Pferd an C, der seine Schuld bei B übernimmt. Erfährt A alsdann von der arglistigen Täuschung des B, so kann er dem C das Anfechtungsrecht übertragen, sofern dieser sich für den Fall seiner Ausübung zur Rückgabe des Pferdes verpflichtet.

3. Weder A noch B haben ihre Leistungen bewirkt. Das Anfechtungsrecht kann übertragen werden, wenn dem C der Anspruch auf Lieferung abgetreten wird und er die Schuld des A übernimmt. (Was in diesem wie im vorangegangenen Falle auch durch Erfüllungsübernahme erfolgen kann.

4. Beide Vertragschließenden haben erfüllt. Veräußert A das Pferd an C, z. B. zur Tilgung einer Schuld, so kann er das Anfechtungsrecht übertragen, wenn er dem C den künftigen Bereicherungsanspruch abtritt und dieser sich zur Rückgabe des Pferdes an B verpflichtet.

[9]) Ebenso Seckel S. 222 ff und Fontheim, Anfechtungsrecht S. 71 ff für den zweiseitigen Vertrag. Beim einseitigen, nicht erfüllten Vertrage nehmen beide an, daß das Gestaltungsrecht ohne weiteres auf den Zessionar übergehe. Seckel (S. 224) bildet dazu das Beispiel, daß der Anfechtungsberechtigte ein Schenkungsversprechen erteilt und ein anderer diese Schuld

vollständig die Rechtsstellung des ursprünglich Berechtigten. Das zeigt sich besonders deutlich dann, wenn hinsichtlich der Verpflichtungen nur eine Erfüllungsübernahme vorliegt, der Anfechtungsgegner sich also wegen seiner eigenen Ansprüche nur an seinen Kontrahenten halten kann. Aber selbst da, wo das Gesetz den Eintritt in die Rechtsstellung eines Vertragsteils vorsieht, wird das Anfechtungsrecht nicht ipso iure auf den Rechtsnachfolger übergehen. Im Falle des § 571 BGB tritt der neue Grundstückseigentümer nur in die sich „während der Dauer seines Eigentums" aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten des Vermieters ein. Ansprüche und Verpflichtungen aus der Zeit vor der Veräußerung treffen ihn nicht[10]). Da die Anfechtung das Schuldverhältnis rückwirkend aufhebt, würden infolgedessen auch Bereicherungsansprüche für und gegen den ursprünglichen Vermieter entstehen. Die Wirkungen der Anfechtung würden somit nicht nur den neuen Eigentümer treffen. Das hindert nach dem oben aufgestellten Grundsatz einen ipso iure - Übergang des Gestaltungsrechts[11]). Gleiches gilt für den Eintritt in den Versicherungsvertrag (§ 69 VVG). Auch hier tritt der Erwerber der versicherten Sache nur in die „während der Dauer seines Eigentums" aus dem Versicherungsverhältnisse sich ergebenden Rechte und Pflichten des Veräußerers ein. Wohl aber ist in beiden Fällen eine Übertragung des Anfechtungsrechts zusammen mit den künftigen, sich aus der Ausübung ergebenden Ansprüchen und Verpflichtungen möglich.

---

ebenfalls schenkungsweise übernimmt. Er meint, daß in diesem Falle der ursprüngliche Schuldner kein Interesse an der Anfechtung habe, wohl aber der Übernehmer. Das Seckel'sche Beispiel ist jedoch nicht glücklich gewählt und verleitet infolgedessen zu Erwägungen, die auf der Besonderheit der Schenkung und nicht der Anfechtung beruhen. Man braucht den Fall nur dahin zu variieren, daß die Schuldübernahme des Dritten nicht schenkungsweise, sondern zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Schenker erfolgt. Dann hat der Schuldübernehmer kein Interesse an der Anfechtung, da es ihm ja gleichgültig sein kann, an wen er leistet. Wohl aber besteht für den Schenker ein Interesse daran, selbst zu entscheiden, ob er anfechten will oder nicht. Aber auch in dem von Seckel gebildeten Beispiel ist nicht einzusehen, warum der Schuldübernehmer — selbst gegen den Willen des ersten Schenkers — soll anfechten können, obgleich doch in seiner Person das Anfechtungsrecht nicht entstanden ist.

Gegen Seckel spricht auch, daß keine Gründe vorhanden sind, die eine solche abweichende Beurteilung der einseitigen Verträge rechtfertigen könnten.

[10]) Staudinger, Anm. B I 2 d zu § 571; RGR-Komm. Bem. 3 zu § 571; Warneyer Anm. IV zu § 571; Fischer-Henle Bem. 4 zu § 571.

[11]) Im Ergebnis ebenso: Staudinger Anm. B I 3 e zu § 571; Planck Bem. 1 c zu § 571; Warneyer Anm. IV zu § 571; Enneccerus I, 2 § 355 Anm. 3. Mittelstein, Miete § 108 S. 657 vertritt demgegenüber die Ansicht, daß das Anfechtungsrecht durch den Vermieter und Erwerber gemeinsam auszuüben sei. Eine solche Lösung, die vielleicht sehr befriedigend wäre, ist mit den gesetzlichen Bestimmungen über die Übertragung von Rechten nicht vereinbar.

§ 13

Die Übertragung des Rücktrittsrechts.

Die Übertragbarkeit des vertraglichen Rücktrittsrechts, von dem zunächst nur die Rede sein soll, ist ebenfalls sehr bestritten.

Staudinger (Anm. II 2 b α zu § 413) rechnet es, anders als das Anfechtungsrecht, zu den „streng akzessorischen" Gestaltungsrechten und nimmt an, daß es „mit der Übertragung des Hauptrechts ohne weiteres auf den Zessionar übergehe"[1]). Seckel (S. 222 ff) unterscheidet wieder zwischen einseitigen und zweiseitigen Verträgen, wobei er offenbar von der Annahme ausgeht, daß bei einer Übertragung des Rücktrittsrechts Rechte und Pflichten unmittelbar in der Person desjenigen entstehen, der das Gestaltungsrecht ausübt[2]). Er gelangt infolgedessen zu folgenden Ergebnissen: Hat beim einseitigen Vertrage der rücktrittsberechtigte Schuldner noch nicht geleistet, so ist das Rücktrittsrecht Bestandteil der Schuld und nur bei Schuldübernahme, nicht selbständig, übertragbar. Hat er bereits geleistet, so kann das Rücktrittsrecht selbständig übertragen werden. „Die Vorstellung einer Zession der künftigen Forderung auf Rückgewähr des Empfangenen wird man nicht zur Hilfe heranzuziehen brauchen, nicht einmal heranziehen dürfen". (S. 222 Anm. 2) Ist ein zweiseitiger Vertrag lediglich vom Rücktrittsberechtigten erfüllt, so kann das Rücktrittsrecht mit dem Anspruch auf die Gegenleistung übertragen werden. Hat erst der Gegner erfüllt, dann kann das Rücktrittsrecht durch Übernahme der Schuld des Rücktrittsberechtigten übergehen. Zur Rückgewähr der von dem Gegner erbrachten Leistung ist nach dem Rücktritt nicht der Urschuldner, sondern der Schuldübernehmer verpflichtet. Die Ausübung des Gestaltungsrechts berührt hier außer der Rechtssphäre des Gegners nur noch die des neuen Berechtigten. Ist der zweiseitige Vertrag noch von keinem Teil erfüllt, so ist Voraussetzung für den Übergang des Rücktrittsrechts, daß der Dritte in das gesamte Rechtsverhältnis durch Zession und Schuldübernahme eintritt. Haben beide Vertragsteile geleistet, so kann das Rücktrittsrecht selbständig übertragen werden. Die Ausübung des Rücktritts schafft unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen dem neuen Rücktrittsberechtigten und dem Gegner, sodaß es einer Schuldübernahme für die an diesen zu bewirkende Leistung nicht bedarf.

Gegen die oben wiedergegebenen Ansichten bestehen in vieler Hinsicht erhebliche Bedenken. Wenn Staudinger (a. a. O.) das Rücktrittsrecht als „mit dem Hauptrecht untrennbar verbunden" ansieht, so bleibt

---

[1]) Planck, Bem. 1 b zu § 399 und v. Tuhr I § 12 S. 226 f verneinen auch die Übertragbarkeit des Rücktrittsrechts und wollen nur zulassen, daß unwiderrufliche Vollmacht zu seiner Ausübung erteilt wird.

[2]) Die Frage, ob das Rücktrittsrecht ipso iure oder nur durch Vereinbarung übergeht, läßt Seckel (S. 223 Anm. 1) offen.

zunächst ungeklärt, welches Recht man als Hauptrecht anzusehen hat, wenn es sich nicht um einen einseitigen, sondern um einen gegenseitigen Vertrag handelt, bei dem ja zwei einander gleichwertige Leistungen vorhanden sind. Aber selbst die Annahme, daß das Rücktrittsrecht mit Leistung und Gegenleistung verbunden sei, würde seiner Natur nicht gerecht werden. Man braucht nur einmal zu unterstellen, daß die Parteien das vereinbarte Rücktrittsrecht nachträglich wieder aufheben. Dadurch würden die jedem Teil obliegenden Leistungen in keiner Weise berührt werden. Würden die Parteien dagegen das Wahlrecht einer Alternativobligation oder das Kündigungsrecht des Mietvertrages aufheben, ohne irgendeine andere Vereinbarung an deren Stelle zu setzen, so würde damit nicht nur der Vertrag, sondern schon das „Hauptrecht" (die wahlweise geschuldete Leistung, die Beziehungen zu der Mietsache) eine durchgreifende Veränderung erfahren. Das spricht dafür, daß das Rücktrittsrecht mit dem Schuldverhältnis als solchem verknüpft ist. Ist somit dieses das „Hauptrecht", so kann, da das BGB die Übertragung eines Schuldverhältnisses regelmäßig nicht zuläßt, das Rücktrittsrecht außer bei Gesamtnachfolge nicht ipso iure auf einen andern übergehen.

Seckel geht bei seiner Betrachtung von einer unrichtigen Voraussetzung aus, wenn er meint, daß das durch die Ausübung des Rücktrittsrechts entstehende Schuldverhältnis Rechtswirkungen lediglich in der Person des neuen Berechtigten erzeuge. Auf diese Weise könnte dem Rücktrittsgegner ohne dessen Willen ein neuer Schuldner aufgezwungen werden. Das kann nicht zulässig sein[3]). Es trifft auch nicht zu, daß die Ausübung des Rechts bei einem erst von dem Rücktrittsgegner erfüllten Vertrage lediglich die Rechtssphäre des Schuldübernehmers berühre. Der neue Berechtigte kann ja die von dem Gegner bewirkte Leistung, sofern es sich um unvertretbare Sachen handelt, nur erfüllen, wenn sie ihm von dem ursprünglichen Schuldner zur Verfügung gestellt wird. Ist dieser hierzu nicht bereit, so könnte die Ausübung des Rücktritts nur vorübergehende Wirkung haben (vgl. § 354 BGB).

Nicht zugestimmt werden kann schließlich der von Seckel geäußerten Ansicht, daß das Rücktrittsrecht durch die Erfüllung des Schuldverhältnisses zu einem selbständigen Gestaltungsrecht werde. Da das Rücktrittsrecht mit dem Schuldverhältnis als solchem verknüpft ist, muß es ein unselbständiges Gestaltungsrecht bleiben, gleichgültig, ob die sich aus dem Vertrage ergebenden Leistungen bewirkt sind oder nicht. Diese Frage hat nicht, wie es zunächst scheinen könnte, rein theoretische Bedeutung. Würde das Rücktrittsrecht durch die Erfüllung der Vertragsleistungen zu einem selbständigen Recht werden, so müßte das durch seine Ausübung entstehende Rechtsverhältnis Wirkungen in der Person des neuen Berechtigten und des Gestaltungsgegners äußern. Die Übertragung eines selb-

[3]) Ebenso: Oertmann, Bem. 1 g zu § 399.

ständigen Gestaltungsrechts, wie z. B. des Wiederkaufs- oder Vorkaufsrechts, schafft rechtliche Beziehungen lediglich zwischen dem Ausübenden und seinem Gegner. Bei der Ausübung eines unselbständigen Gestaltungsrechts treten dagegen Rechtswirkungen zu Gunsten oder Ungunsten des neuen Gestaltungsberechtigten nur insoweit ein, als die mit dem Recht verknüpften Beziehungen auf ihn übergegangen sind[4]).

Diese Erwägungen zeigen bereits, unter welchen Voraussetzungen das Rücktrittsrecht übertragen werden kann. Eine selbständige Übertragung des Gestaltungsrechts ist nicht zulässig. Ebensowenig kann das auf einem gegenseitigen Vertrage beruhende Recht mit einem einzelnen Anspruch übertragen werden. Wohl aber ist es übertragbar zusammen mit allen sich aus dem Schuldverhältnis ergebenden gegenwärtigen und künftigen Rechten und Verpflichtungen. Ebenso wie beim Anfechtungsrecht muß der neue Berechtigte verpflichtet und in der Lage sein, etwaige Rückgewähransprüche des Gegners zu erfüllen. Ipso iure geht jedoch das Rücktrittsrecht nicht auf einen andern über, auch nicht in den Fällen der §§ 571 BGB und 69 VVG. Für die Übertragbarkeit des Rücktrittsrechts gilt somit nichts anderes als für die des Anfechtungsrechts. Diese Gleichstellung beider Rechte erscheint auch berechtigt, da sie in ihren Wirkungen große Ähnlichkeit mit einander aufweisen.

Für die gesetzlichen Rücktrittsrechte gilt nichts anderes als für das vertragliche. Nicht hierher gehört aber die vielfach erörterte Frage, ob derjenige, dem der Anspruch aus einem gegenseitigen Vertrage abgetreten ist, die Rechte aus den §§ 325, 326 BGB geltend machen, insbesondere das Rücktrittsrecht ausüben darf. In diesem Falle handelt es sich nicht darum, unter welchen Voraussetzungen das Rücktrittsrecht übertragen werden kann, sondern in wessen Person es entsteht. Die Rechte aus den §§ 320 - 327 BGB stehen nicht, wie das vertragliche Rücktrittsrecht, in Beziehung zu dem Schuldverhältnis, sondern sind dem Vertragsteil gewährt, der den Erfüllungsanspruch hat. Wird dieser abgetreten, so kann der neue Gläubiger die Rechte aus den §§ 325, 326 BGB geltend machen. Daraus folgt: Ist die Leistung des Vertragsgegners nach der Abtretung unmöglich geworden, so entsteht für den Zessionar das im § 325 BGB vorgesehene Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten. Ebenso kann der Zessionar die Rechte aus § 326 BGB geltend machen, wenn der Schuldner ihm

[4]) Tritt z. B. der neue Grundstückseigentümer gemäß § 571 BGB in den Mietvertrag ein, so erwirbt er mit der Kündigung den Anspruch auf Rückgabe der Mietsache nicht deshalb, weil er das Gestaltungsrecht ausgeübt hat, sondern weil ihm die Sache gehört. Wird das Anfechtungsrecht mit den gegenwärtigen und künftigen Rechten und Pflichten übertragen, ohne daß hinsichtlich letzterer eine Schuldübernahme erfolgt, so bleibt der ursprüngliche Vertragsteil zur Rückgabe der von dem Anfechtungsgegner bewirkten Leistung verpflichtet.

gegenüber in Verzug ist. Mit dem Verzuge entsteht für den Zessionar das Fristsetzungsrecht und nach dessen Ausübung das Rücktrittsrecht[5]).

§ 14

Die Übertragung der Kündigungs- und Widerrufsrechte.

I. Kündigungsrechte.

Gesetzliche und vertragliche Kündigungsrechte kommen bei einer ganzen Reihe sehr verschiedenartiger Rechtsverhältnisse vor: bei Leihe, Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag, Auftrag, Gesellschaft usw. Für einige dieser Vertragsverhältnisse ist die Übertragbarkeit des Kündigungsrechts bereits oben (§ 11) erörtert worden, so daß sich insoweit eine erneute Untersuchung erübrigt.

Wie Anfechtung und Rücktritt gehören auch die Kündigungsrechte zu den unselbständigen Gestaltungsrechten. Ihre selbständige Übertragung ist somit ausgeschlossen. Wohl aber können sie mit den Rechten und Verpflichtungen übertragen werden, zu denen sie in Beziehung stehen. Mit welchen Rechts- oder Passivstellungen das Kündigungsrecht verknüpft ist, läßt sich einheitlich nicht beantworten, sondern muß für jedes Vertragsverhältnis, bei dem Kündigungsrechte vorkommen, besonders untersucht werden. Dies soll hier für die beiden wichtigsten Vertragstypen, Miete und Dienstvertrag, geschehen.

1. Miete (Pacht, Leihe).

Bei der Miete sieht das Gesetz entgegen dem sonst geltenden Grundsatz, daß nur einzelne Forderungen und Verpflichtungen zediert und übernommen werden können, im § 571 BGB vor, daß im Falle eines Eigentumswechsels die Rechte und Pflichten des Vermieters auf dem Erwerber des Grundstücks übergehen. Hier tritt der Erwerber in das Schuldverhältnis als solches ein[1]). Es geht infolgedessen auch das ordentliche Kündigungsrecht auf ihn über[2]). Durch dieses kann der Mietvertrag ex nunc aufgehoben werden. Insoweit tritt aber der Erwerber

---

[5]) Ebenso: Staudinger Anm. B I 3 a vorletzter Absatz zu § 326; a. A. Planck Bem. 1 b zu § 399. — RG 55, 402 gibt dem Zessionar den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, läßt es aber unentschieden, ob ihm auch das Rücktrittsrecht zusteht. Die dort weiterhin aufgeworfene Frage, ob es zur Ausübung des Rücktritts der Einwilligung des Zedenten bedürfe, wird von Staudinger a. a. O. mit Recht verneint. Durch die Zession tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen. Für eine nach außen hin wirksame Einwilligung des Zedenten ist de lege lata kein Raum. Vgl. auch § 12 Anm. 11.

[1]) Staudinger Anm. B I 2 a zu § 571; Oertmann Bem. 3 b zu § 571; Enneccerus I, 2 § 355 Anm. 2; Fischer-Henle Bem. 4 zu § 571.

[2]) Staudinger Anm. B I 3 a zu § 571; Enneccerus I, 2 § 355 III 2; Planck Bem. 2 b zu § 571; Oertmann Bem. 3 b zu § 571. Dies gilt nur für das

vollständig in die Rechts- und Passivstellung des Vermieters ein, treffen nur ihn die Wirkungen der Kündigung.

Außer dem ipso iure-Übergang des Kündigungsrechts ist auch eine Übertragung möglich.

Die Kündigung hebt zwar den Mietvertrag für die Zukunft in vollem Umfange auf. Trotzdem ist das Recht nicht mit dem Mietvertrage als solchem verknüpft. Das Gestaltungsrecht steht vielmehr in Beziehung zu dem für den Vertrag wesentlichen Gegenstand, der Mietsache. Der Übergang der Mietsache aus dem Besitze des Mieters in den des Vermieters ist der Hauptzweck, der durch die Rechtsgestaltung erreicht werden soll. Daß die Mietzahlung nur Folge der Überlassung der Mietsache ist, zeigt auch die gesetzliche Regelung. Wird dem Mieter die Mietsache nicht gewährt oder entzogen oder ist sie mit einem ihre Tauglichkeit aufhebenden Mangel behaftet, so wird der Mieter von der Entrichtung des Mietzinses befreit, ohne daß es dazu einer Kündigung bedarf (§ 537 BGB). Zahlt der Mieter dagegen den Mietzins nicht, so muß der Vermieter erst kündigen. Das Kündigungsrecht kann deshalb schon dann übertragen werden, wenn der neue Berechtigte in eine solche Beziehung zu der Mietsache tritt, daß diese nach Ausübung des Rechts in seinen Besitz gelangt. Diese Voraussetzung kann eintreten, wenn der Vermieter die Mietsache an den neuen Berechtigten weitervermietet[3]) oder durch Abtretung des Herausgabeanspruchs übereignet hat. Daß durch die Kündigung gleichzeitig in Rechte des Vermieters, nämlich in den Anspruch auf Zahlung des Mietzinses, eingegriffen wird, spricht nicht gegen diese Ansicht. Auch im umgekehrten Falle kann der, dem nur die zukünftigen Mietzinsen abgetreten sind, nicht verhindern, daß er seinen Anspruch durch Kündigung des Mietvertrages wieder verliert[4]).

Die Übertragung des Mietrechts durch den Mieter ist, sofern nicht gegenteilige Vereinbarungen bestehen, mit Rücksicht auf § 399 BGB

---

ordentliche Kündigungsrecht. In der Person des Vermieters entstandene außerordentliche Kündigungsrechte (z. B aus § 554) gehen nicht mit über, sondern erlöschen, sofern sie nicht dem Erwerber (z. B. mit den rückständigen Mietforderungen) übertragen werden. Auf den Erwerber können sie nicht ipso iure übergehen, weil er nur in die „während der Dauer seines Eigentums" sich ergebenden Rechte und Pflichten eintritt. Der Vermieter selbst kann sie nicht mehr ausüben, weil er an der ex nunc wirkenden Auflösung des Vertrages kein Interesse hat. (Staudinger Anm. I 5 zu § 554 und Anm. B I 3 zu § 571; Oertmann Bem. 4 f zu § 571; Enneccerus I, 2 § 355 Anm. 12; Schönfeld in Recht 1902, 368 — a. A. Planck Bem. 2 b zu § 571)

Gesetzliche Kündigungsrechte, deren Entstehungsgrund erst nach dem Eigentumsübergang eintritt, entstehen unmittelbar für den Erwerber.

[3]) Für diesen Fall hat das Oberlandesgericht München die Übertragung des Kündigungsrechts für zulässig erklärt (Seuff. Arch. Bd 80 Nr. 116 S. 207).

[4]) Staudinger, Anm. X f zu § 549; RGR-Komm. Bem. 1 zu § 549; Warneyer, Anm. I zu § 379; RG in JW 1911, 487; OLG 20, 108.

unzulässig[5]). Infolgedessen ist auch die Übertragung des Kündigungsrechts ausgeschlossen. Ist die Übertragung der Ansprüche des Mieters auf Grund besonderer Abrede zulässig, so kann mit dem Mietrecht zugleich das Kündigungsrecht übertragen werden. Eine solche (stillschweigende) Übertragung liegt auch vor, wenn der Mieter „sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrage" mit Zustimmung des Vermieters auf einen andern überträgt, dieser in den Mietvertrag „eintritt". Wie überhaupt besonders bei den Verträgen, die Kündigungsrechte enthalten, untersucht werden muß, ob mit dem Hauptrecht nicht auch das Gestaltungsrecht stillschweigend übertragen werden sollte.

Was für das Kündigungsrecht der Miete gilt, ist entsprechend auf Pacht und Leihe anwendbar.

2. Dienstvertrag.

Gemäß § 613 BGB hat im Zweifel der Dienstverpflichtete die Dienste in Person zu leisten, kann der Dienstherr den Anspruch auf die Dienste nicht übertragen. Das Kündigungsrecht steht hier in Beziehung zu den Diensten als dem Hauptrecht des Vertrages. Da dieses persönlicher Natur ist, kann das Kündigungsrecht nicht übertragen werden.

Ist die Übertragung des Anspruchs auf die Dienstleistung zulässig, so kann mit diesem auch das Kündigungsrecht übertragen werden[6]). Gleiches muß natürlich erst recht dann gelten, wenn zugleich die Verpflichtungen des Dienstherrn (namentlich zur Lohnzahlung) übernommen werden.

II. Widerufsrechte.

Noch zahlreicher als die Kündigungsrechte sind die Rechte, die das Gesetz als Widerrufsrechte bezeichnet. Solche Gestaltungsrechte bestehen z. B. bei der Stiftung (§ 81 BGB), der Schenkung (§ 530 ff BGB), dem Darlehnsvorvertrag (§ 610 BGB), der Auslobung (§ 658 BGB), dem Auftrag (§ 671 BGB), der Anweisung (§ 790 BGB). Ein Widerrufsrecht hat ferner, wer mit einem beschränkt Geschäftsfähigen, einem vollmachtlosen Stellvertreter, Ehegatten oder Vormund einen genehmigungspflichtigen Vertrag schließt (§§ 109, 178, 1397, 1448, 1830 BGB). Ein Recht zum Widerruf besteht weiterhin für den Vollmachtgeber gegenüber dem Bevollmächtigten (§§ 168, 173 BGB), für den Verein und die Aktiengesellschaft gegenüber dem Vorstand (§§ 27 BGB, 231 HGB), für den

[5]) Staudinger Anm. X a zu § 549; Oertmann Bem. 2 u. 11 zu § 549; Planck Bem. 7 zu § 549; OLG Frankfurt in Recht 1902, 588 Nr. 2666.

[6]) Eine im voraus erteilte Zustimmung zur Übertragung der Arbeitgeberansprüche ist z. B. anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer für einen Betrieb angestellt ist und der ganze Betrieb übertragen oder verpachtet wird. Staudinger Anm. III 4 b zu § 613; Oertmann Bem. 1 zu § 613; Staub Bem. 27 zu § 70; Düringer-Hachenburg Bem. 13 zu § 70; Hueck-Nipperdey I S. 249 ff. — a. A. Kaskel § 28 S. 111.

Geschäftsherrn gegenüber dem Prokuristen (§ 52 HGB).

Ein Teil dieser Rechte ist schon oben (§ 11) behandelt worden; von den noch verbleibenden sollen ebenfalls nur einige der wichtigsten untersucht werden.

1. Das Widerrufsrecht des Schenkers gehört zu den unselbständigen Gestaltungsrechten[7]). Es steht in Beziehung zu dem Schenkungsvertrage als solchem. Die Schenkung selbst ist persönlicher Natur; der Beschenkte kann daher den Anspruch aus einem Schenkungsversprechen nicht zedieren[8]). Für eine allgemeine Unübertragbarkeit des Widerrufsrechts läßt sich hieraus aber nichts folgern, weil die die Abtretung des Schenkungsversprechens hindernde Bestimmung des § 399 BGB nicht zwingend ist[9]). Die Unübertragbarkeit des Widerrufsrechts folgt jedoch mittelbar aus dem Gesetz. Das Widerrufsrecht ist, von zwei Ausnahmen abgesehen, unvererblich (§ 530 BGB). Aus der Unvererblichkeit des Rechts folgt zugleich seine Nichtübertragbarkeit. An dieser ändert sich auch in den Fällen nichts, in denen das Gesetz die Vererblichkeit des Widerrufsrechts vorsieht. Die Ausnahmen des § 530 BGB beziehen sich auf Ereignisse, durch die der Berechtigte bis zu seinem Tode an der Ausübung des Rechts gehindert worden ist. Bei Lebzeiten des Schenkers gilt hinsichtlich der Vererblichkeit nur die sie ausschließende Regel des § 530 BGB. Für Rechtsgeschäfte inter vivos können deshalb die vorerwähnten Ausnahmen nicht in Betracht gezogen werden. Das Widerrufsrecht ist somit nicht übertragbar[10]).

2. Das Recht des Versicherungsnehmers, die Person des Bezugsberechtigten zu widerrufen (§§ 330 BGB, 166 VVG) gehört zu den Veränderungsrechten. Es ist verknüpft mit den Ansprüchen, die dem Versicherungsnehmer aus dem Lebensversicherungsvertrage zustehen. Werden diese abgetreten, so kann auch das Widerrufsrecht übertragen werden[11]).

3. Das bei Abschluß eines schwebend unwirksamen Vertrages für den bereits gebundenen Vertragsteil entstehende Widerrufs-

---

[7]) Seckel S. 221. — a. A. Staudinger Anm. II 2 c zu § 413, der es zu den selbständigen Gestaltungsrechten rechnet. Ist eine Schenkung bereits vollzogen, so ist allerdings das Widerrufsrecht das einzige noch vorhandene Recht. Widerrufen werden kann aber auch das Schenkungsversprechen, also die noch nicht vollzogene Schenkung. In diesem Falle ist die Unselbständigkeit des Widerrufsrechts deutlich erkennbar. Hieran kann sich durch die Vollziehung der Schenkung nichts ändern. Daraus, daß das Widerrufsrecht unabhängig von der Erfüllung des Vertrages ist, ergibt sich zugleich, daß es in Beziehung zu dem Vertrage als solchem steht.

[8]) Staudinger Anm. I 1 b zu § 399.

[9]) RGR-Komm. Bem. 1 zu § 399; Warneyer Anm. I a. E. zu § 399.

[10]) Staudinger Anm. II 2 c zu § 413; RGR-Komm. Bem. 3 zu § 530; Warneyer Anm. II zu § 530.

[11]) RG 127, 269 ff; Staudinger Anm. I 3 b zu § 330.

recht steht in Beziehung zu dem Vertrage als solchem. Ob es übertragen werden kann, läßt sich nur für jedes einzelne Rechtsverhältnis getrennt feststellen. Sind die künftigen Ansprüche und Verpflichtungen des (schwebend unwirksamen) Vertrages nicht übertragbar, so ist es auch das Widerrufsrecht nicht. Andernfalls kann es, in gleicher Weise wie das Anfechtungs- und Rücktrittsrecht, mit sämtlichen künftigen Rechten und Pflichten übertragen werden.

4. Das Widerrufsrecht des Vollmachtgebers, des Vereins usw. ist nicht übertragbar. Die Vollmacht oder Bestellung, zu denen es in Beziehung steht, sind Rechtsgeschäfte, die ihrer Natur nach an eine bestimmte natürliche oder juristische Person gebunden und selbst nicht übertragbar sind.

Lebenslauf.

Ich bin am 1. Februar 1904 zu Lissa i. P. als Sohn des Apothekers Moritz Schlochoff und seiner Ehefrau Olga geb. Streit geboren und preussischer Staatsangehöriger.

Von Ostern 1910 ab besuchte ich das Leibniz-Gymnasium zu Berlin, dann von Ostern 1914 ab das Prinz Heinrichs-Gymnasium in Berlin, das ich Ostern 1922 mit dem Reifezeugnis verließ. Bis Oktober 1926 war ich kaufmännisch tätig. Von da ab studierte ich an den Universitäten Berlin und Breslau je drei Semester die Rechtswissenschaften. Am 28. Februar 1930 habe ich die erste juristische Prüfung beim Oberlandesgericht in Breslau bestanden und bin am 23. März 1930 als Referendar vereidigt worden. Den juristischen Vorbereitungsdienst habe ich am 1. April 1933 beendet.